UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

DISTINCTION DU LEGS CONDITIONNEL

ET DE

LA SUBSTITUTION FIDÉICOMMISSAIRE

ÉTUDE DE JURISPRUDENCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le Samedi 18 mars 1911, à 1 heure et demie du soir

PAR

Louis GOSSIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. E. GAUDEMET, *professeur*

Suffragants : MM. LOUIS-LUCAS, *professeur*
HÉMARD, *professeur*

DIJON
IMPRIMERIE DARANTIERE
13, Rue Paul-Cabet, 13

1911

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

DISTINCTION DU LEGS CONDITIONNEL

ET DE

LA SUBSTITUTION FIDÉICOMMISSAIRE

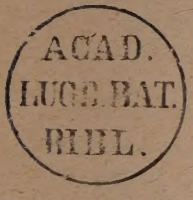
ÉTUDE DE JURISPRUDENCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le Samedi 18 mars 1911, à 1 heure et demie du soir



PAR

Louis GOSSIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. E. GAUDEMET, *professeur*

Suffragants : MM. LOUIS-LUCAS, *professeur*
HÉMARD, *professeur*

DIJON
IMPRIMERIE DARANTIERE
13, Rue Paul-Cabet, 13

1911

BIBLIOGRAPHIE

ARCHIVES PARLEMENTAIRES. T. LII. Discussion et vote de la loi du 14 novembre 1792.

ARON. *Étude sur les lois sociales de la Révolution.* (Nouvelle revue historique, 1901).

AUBRY ET RAU. Cours de droit civil français, 4e éd., t. VII.

AUROUX DU POMMIER. Coutumes du Bourbonnais.

BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations, t. II.

BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN. Traité théorique et pratique de droit civil. Des donations et des testaments, t. II.

BRISSAUD. Histoire du droit français, t. II.

CHABROL. Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne.

CHAUSSE. *De la rétroactivité dans les actes juridiques.* (Revue critique de législation et de jurisprudence, 1900.)

DALLOZ. Jurisprudence générale.

— Recueil périodique.

— Nouveau Code civil annoté.

DEMOLOMBE. Cours de Code civil. Traité des donations entre vifs et testamentaires, 3e éd., t. I.

— Consultation. D., 75, t. I, 52.

DEREUX. De l'interprétation des actes juridiques privés. (Thèse, Paris, 1905).

FUZIER-HERMAN ET CARPENTIER. Répertoire de jurisprudence.

GAZETTE DES TRIBUNAUX. Répertoire de jurisprudence.

HUC. Commentaire théorique et pratique du Code civil, t. IV.

JOURNAL DU PALAIS. Répertoire de jurisprudence.

LABBÉ. Note. S., 1874, I, 5.

LAMARCHE. *Les stipulations permises et les clauses prohibées en matière de substitutions, d'après le dernier état de la jurisprudence.* (Revue du Notariat et de l'Enregistrement, 1893, p. 5).

Lambert (Édouard). De l'exhérédation et des legs faits au profit de l'héritier présomptif.

Laurent. Principes de droit civil français, 2e éd., t. XIV.

Leloutre. *De la non-rétroactivité de la condition dans l'acte et le fait juridique.*

Thèse, Caen, 1904.

— *Étude sur la rétroactivité de la condition.*

(Revue trimestrielle de droit civil, 1907).

Locré. Législation civile de la France, t. XI.

Médus. *La jurisprudence sur les libéralités entachées de substitutions prohibées.*

(Thèse, Toulouse, 1910).

Michel (Léon). Note. D., 99, I, 209.

Pandectes Françaises. Nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence.

— Recueil mensuel de jurisprudence et de législation.

Pilon. Notes. D., 1901, I, 121.

— — S., 1903, II, 273.

— — S., 1903, I, 401.

Planiol. Traité de droit civil, 3e éd., 3 vol.

Quintard. *Legs conditionnels et Substitutions prohibées.*

(Thèse, Poitiers, 1907).

Rolland de Villargues. Des substitutions prohibées par le Code civil, 3e éd.

Sirey. Recueil général des lois et arrêts.

Sommaires (Recueil des) de la jurisprudence française.

Tissier (Albert). *Legs conditionnels alternatifs et Substitutions prohibées.*

(Revue trimestrielle de droit civil, 1903).

— Notes. S., 97, I, 321.

— — S., 1906, I, 81.

Toullier. Droit civil français, 5e éd., t. V.

Troplong. Droit civil expliqué. Des donations entre vifs et testamentaires ; 3e édition, t. I.

Villequez. Étude historique sur les substitutions prohibées.

Viollet. Histoire du droit civil français, 3e éd.

INTRODUCTION

Notre Code civil renferme, au titre des donations entre vifs et testamentaires, deux articles, en apparence complètement étrangers l'un à l'autre; leurs effets sont cependant en rapport d'union si étroite que la jurisprudence les a longtemps confondus et qu'à l'heure actuelle elle n'est pas encore arrivée à délimiter et à préciser leur champ d'application respectif: ces textes, ce sont les articles 896 et 1040.

Le premier prohibe les substitutions ; il est ainsi conçu : *Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire.*

Le second, incidemment, à propos de la caducité des legs, nous révèle la possibilité du legs conditionnel : *Toute disposition testamentaire faite sous une condition dépendante d'un événement incertain et telle que, dans l'intention du testateur,*

cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque, si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition.

C'est sur ces deux articles que s'est greffée une des plus intéressantes évolutions jurisprudentielles qu'ait vues le XIXe siècle. La Cour de cassation semble, selon toutes vraisemblances, avoir adopté aujourd'hui une théorie définitive. Quant aux auteurs, ils sont loin d'être tous d'accord sur la valeur juridique de cette jurisprudence, tant est délicate la distinction à établir entre les textes que nous avons placés en tête de cette étude.

Quelques exemples préciseront ces idées : *Un testateur lègue ses biens à Pierre et le charge de rendre ces mêmes biens, à son décès, à Paul.* Il y a là, incontestablement, une substitution fidéicommissaire qui tombe sous le coup de la nullité de l'article 896.

Supposons maintenant une autre clause testamentaire ainsi rédigée : *J'institue Pierre mon légataire. Mais, si Jacques obtient telle distinction, Pierre devra lui remettre les biens, dont je lui avais légué primitivement la propriété.*

Nous nous trouvons, dans cette hypothèse, en présence d'un double legs conditionnel sur la validité duquel aucun doute ne s'est jamais élevé : Pierre est institué sous la condition résolutoire de

l'obtention par Jacques de telle distinction. Jacques est institué sous la même condition suspensive.

Si la condition se réalise au profit de Jacques, Pierre se trouvera dans l'obligation de rendre les biens légués, mais ce sera toujours de son vivant qu'il devra opérer cette restitution : le moment de la réalisation de la condition qui l'obligera à restituer, ne peut pas, en effet, pratiquement, se confondre avec l'instant de son décès.

Il n'est donc pas possible d'établir une confusion entre cette hypothèse et la substitution fidéicommissaire qui oblige le grevé à conserver, pendant sa vie, les biens qui, à sa mort, doivent revenir à l'appelé.

Toute différente est la situation dans l'espèce suivante : *Un testateur lègue sa fortune à Pierre en ajoutant qu'au cas où ce dernier ne se marierait pas ou décéderait sans enfants, c'est Jacques qui deviendrait son légataire.*

Ici encore, double legs sous condition résolutoire au profit de Pierre et sous condition suspensive au profit de Jacques. Mais, à quel moment devra s'opérer cette transmission des biens de l'un à l'autre ? Sans doute, au moment de la réalisation de la condition. Mais, et c'est là un point essentiel, cette réalisation, si elle se produit (la condition est, en effet, par définition, un événe-

ment futur et incertain, qui peut ne pas arriver) devra nécessairement coïncider avec le décès du premier légataire institué.

Pierre n'aura rien à restituer à Jacques, en cas de défaillance de la condition, s'il se marie ou s'il meurt en laissant une postérité. S'il lui arrive, au contraire, de ne pas remplir les conditions imposées, ce n'est qu'à son décès et à ce moment là seulement (comme dans la substitution) qu'il sera tenu de l'obligation de rendre au second légataire institué : et l'explication en est fort simple : ce n'est, en effet, qu'à la mort de Pierre que l'on pourra constater d'une manière définitive et irrémédiable qu'il n'est pas marié et ne laisse pas de postérité.

Nous nous trouvons donc en présence d'une clause testamentaire qui, comme dans l'hypothèse prévue par l'article 896, oblige un premier légataire à conserver pendant sa vie les biens qui lui ont été légués pour les rendre, à son décès, à un second légataire institué.

Comme la substitution, le legs conditionnel rend incertaine la propriété : jusqu'à l'arrivée ou la défaillance de la condition qui désignera pour l'avenir comme pour le passé (par suite de la fiction de la rétroactivité) le propriétaire définitif, chaque légataire ne se trouve détenir qu'une propriété essentiellement précaire et résoluble ;

peut-être n'a-t-il même que l'espérance de devenir propriétaire, s'il est institué sous simple condition suspensive.

Pendant un laps de temps qui peut être long, la propriété reste indécise et alors de deux choses l'une : si les tiers connaissent la situation, prudemment, dans la crainte de voir la condition se réaliser et résoudre les droits qui pourraient leur avoir été consentis, ils ne considéreront pas comme la propriété du légataire ces biens qui, demain, ne feront peut-être plus partie de son patrimoine et qui, malgré la réalité du fait et en vertu de la théorie de la rétroactivité ne devront plus conserver le moindre vestige de leur attribution primitive : ces biens ne pourront plus faire l'objet d'aucune transaction, soit vente, soit constitution d'hypothèque : ils resteront entre les mains du propriétaire conditionnel indisponibles, immobilisés, inutilisables.

Si les tiers ignorent l'existence de la condition, parce qu'ils n'ont pu vérifier les titres de propriété ou ont négligé de le faire, la mauvaise foi du légataire peut les abuser et les droits qu'une vente ou une constitution de droits réels leur aura conférés s'évanouiront par l'arrivée de la condition résolutoire, comme la propriété elle-même sur laquelle ils reposaient.

Donc, obligation de conserver et de rendre au

décès, incertitude de la propriété, immobilisation des biens et lésion possible des tiers, tels sont les effets de ce double legs conditionnel.

Ne sont-ce pas aussi ceux de la substitution fidéicommissaire, tels qu'ils ont été magistralement exposés (1) devant le corps législatif par Bigot-Préameneu, le 2 floréal an XI? Ne faut-il pas alors considérer ce double legs conditionnel comme une véritable substitution, sinon comme une fraude à la loi, comme un moyen de tourner la prohibition d'ordre public de l'article 896 ? L'analyse et l'étude historique ne font-elles pas au contraire apparaître entre les deux institutions des divergences profondes qui permettent à l'interprète de donner

(1) « ... Une très grande masse de propriétés se trouvait perpétuellement hors du commerce ; les lois qui avaient borné les substitutions à deux degrés n'avaient point paré à cet inconvénient ; celui qui, aux dépens de sa famille entière, avait joui de toutes les prérogatives attachées à un nom distingué et à un grand patrimoine, ne manquait pas de renouveler la même disposition ; et si par le droit chacune d'elles était limitée à un certain temps, elles devenaient, par le fait de leur renouvellement, des substitutions perpétuelles.

« Ceux qui étaient chargés des dépouilles de leurs familles, avaient la mauvaise foi d'abuser des substitutions pour dépouiller aussi leurs créanciers ; une grande dépense faisait présumer de grandes richesses; le créancier qui n'était pas à portée de vérifier les titres de propriété de son débiteur, qui négligeait de faire cette perquisition, était victime de sa confiance, et, dans les familles auxquelles les substitutions conservaient les plus grandes masses de fortune, chaque génération était le plus souvent marquée par une honteuse faillite. »

Exposé de motifs fait par M. Bigot-Préameneu, conseiller d'État et orateur du Gouvernement, dans la séance du Corps législatif du 2 floréal an XI (22 avril 1803).

(Locré, *Législation civile de la France*, XI, 360).

effet à la volonté du testateur, de la respecter sans attenter à la loi ?

Tel est le problème dont nous avons entrepris l'étude, dans la jurisprudence et dans la doctrine.

Pour le résoudre, après avoir exposé les principes généraux de la substitution et du legs conditionnel, nous entreprendrons l'examen détaillé des décisions rendues en cette matière par la Cour de cassation et les Cours d'appel, depuis le début du XIXe siècle ; nous retracerons et apprécierons avec les auteurs leur évolution ; nous arriverons enfin à cette conclusion que la jurisprudence a mis en œuvre le principe parfaitement juridique de la rétroactivité de la condition pour valider le legs conditionnel, que ses caractères fondamentaux et ses effets distinguent de la substitution fidéicommissaire (1).

(1) Ainsi que l'on peut s'en rendre compte, notre sujet ne porte que sur un point très spécial de ces questions si vastes et si complexes, de la substitution, du legs et de la condition, et nous supposons connues la plupart des notions générales qui régissent ces matières. Néanmoins, nous avons cru indispensable, avant d'aborder l'examen de l'œuvre entreprise par notre jurisprudence au cours du XIXe siècle sur le legs conditionnel et la substitution, de poser les définitions et de rechercher brièvement les caractères de ces deux institutions. La jurisprudence, disons-nous, a évolué dans l'appréciation d'une clause testamentaire, lui attribuant tantôt la nature d'une substitution prohibée, tantôt celle du legs conditionnel parfaitement valable. L'interprète ne peut retracer et apprécier d'une manière utile cette évolution qu'après avoir sommairement analysé les principes qui serviront de base à l'œuvre réalisée par la jurisprudence.

I

La substitution fidéicommissaire

Au cours de la discussion, devant le Corps législatif, du projet préparatoire de l'article 896, dans la séance du 7 pluviôse an XI, M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angély demanda la rédaction de la définition de la substitution et le consul Cambacérès répondit par une fin de non recevoir : « Il est inutile de définir ce qui ne doit pas exister (1). »

Ainsi s'explique le silence de l'article 896 sur les caractères de la substitution : il pose le principe de la prohibition et laisse à l'interprète la délicate mission d'en rechercher et d'en analyser les éléments constitutifs.

Les auteurs sont à peu près d'accord aujourd'hui pour reconnaître à la substitution fidéicommissaire les caractères suivants (2) :

(1) Locré. *Op. cit.* p. 92.

(2) Aubry et Rau. *Droit civil*, VII, 302 ; Planiol, *Cours de droit civil*, III, n° 3279.

I. — Double libéralité

Pour pouvoir être qualifiée de substitution, il faut que la disposition renferme deux donations ou legs, en pleine propriété, des mêmes biens, au profit de personnes appelées à les recueillir les unes après les autres.

L'exigence de cette double libéralité nous est confirmée par l'article 898 qui déclare qu'il n'y a pas de substitution, lorsque le tiers n'est appelé qu'*à défaut* de l'héritier institué ou du légataire. C'est le cas de la *substitution, dite vulgaire*, dans laquelle une seule libéralité doit produire son effet.

Ce caractère exclut encore de la prohibition de l'article 896 les *substitutions conjointes* qui doivent s'exécuter les unes en même temps que les autres.

Nos anciens auteurs appelaient *trait de temps*, l'intervalle pendant lequel la première libéralité produit son effet au profit du grevé, l'espace qui sépare l'ouverture du droit du grevé du droit de l'appelé. Il se confond avec la première libéralité, au point de vue de la durée.

Ce caractère n'est pas distinctif de la substitution, puisque nous le retrouvons dans le double legs conditionnel, mais avec des différences notables que nous étudierons ultérieurement :

Dans la substitution, la première libéralité ne prend fin qu'avec la vie du grevé ;

Dans le legs conditionnel, le premier légataire, s'il est institué sous condition résolutoire et que la condition vient à se réaliser de son vivant, peut être tenu de restituer avant sa mort ;

Dans le legs conditionnel, l'effet rétroactif efface la première libéralité dans le passé ;

La substitution s'accomplit au profit du grevé sans rétroactivité.

II. — Charge de conserver et de rendre

Ce caractère qui seul est mentionné incidemment dans l'article 896 constitue l'essence même de la substitution : c'est l'exécution de cette obligation qui réalise pratiquement la volonté exprimée par le testateur de mettre le grevé dans l'impossibilité d'aliéner valablement les biens légués, toujours distincts, entre ses mains, de son patrimoine propre ; de créer pour deux ou plusieurs générations successives ou même à perpétuité une masse de biens indisponibles dont le rôle doit être de perpétuer par une transmission ininterrompue l'éclat d'une famille.

L'article 896 ne dit pas en termes exprès que la restitution des biens devra s'opérer au décès du grevé, mais indépendamment de cet argument

que dans l'Ancien Droit c'était l'opinion la plus universellement admise (1), il faut reconnaître *que l'on ne peut pas appliquer logiquement l'article 896, si la remise des biens doit se faire à un autre moment que le décès du grevé :*

Si la restitution doit être *immédiate*, sans que la propriété ne séjourne sur la tête du premier institué, il n'y a qu'un simple *fidéicommis*, sans double libéralité et sans aucun des inconvénients de la substitution.

Si elle ne doit s'opérer qu'à *l'expiration d'un terme certain et déterminé*, l'article 896 ne peut pas s'appliquer : le terme ne suspend en effet que l'exécution de l'obligation et non sa naissance : le droit est donc acquis de suite au substitué, dès le décès du testateur et le premier institué ne peut être chargé de rendre une propriété qu'il ne possède pas.

Si le fait que la restitution est affectée d'une *condition incertaine* devait entraîner la nullité de l'institution en vertu de l'article 896, il faudrait en même temps prohiber toutes les donations et les legs conditionnels, même ceux dans

(1) Voir *contrà* l'argument que tire Villequez d'un passage de Thévenot. *Traité des Subst.* n° 285 : « Presque toutes nos substitutions sont faites pour le cas de la mort du grevé, comme je l'ai dit, ou bien elles sont faites pour avoir lieu lorsque le substitué aura tel âge, lorsque le substitué se mariera ou autres cas semblables. »

Villequez. *Étude historique sur les Subst. prohibées*, §5, 49.

lesquels la condition est de nature à se réaliser à un autre moment que le décès du grevé, et leur validité n'a jamais été mise en discussion.

Reste donc que, *pour constituer la substitution prohibée, la charge de rendre doit s'opérer à la mort du grevé ;* les auteurs (1) tirent encore argument de ce fait que dans l'exception prévue par l'article 897 et développée par les articles 1048 et suivants, à propos des substitutions permises, la charge de rendre n'est susceptible d'être accomplie qu'au décès du grevé : ce n'est, en effet, qu'à la mort de cette personne que l'on pourra connaître tous ses enfants, bénéficiaires de la libéralité ; or, une véritable exception à une prohibition ne se comprend qu'autant que les actes prohibés présentent les mêmes caractères intrinsèques que ceux en faveur desquels l'exception est établie.

Si nous avons insisté sur cette question de l'époque de la restitution, c'est que la jurisprudence a longtemps considéré cette charge de conserver et de rendre au décès comme le critérium le plus sûr de l'existence d'une substitution et chaque fois que, dans un legs conditionnel, elle constatait la présence d'une condition dont la réa-

(1) Aubry et Rau. *Droit civil*, VII, 694, note 33.
Demolombe. *Traité des donations entre vifs et des testaments*, I, nº 98.

lisation n'était possible qu'au décès du premier légataire institué, et devait, comme le décès du grevé dans la substitution, anéantir les droits des premiers institués pour donner naissance à ceux des appelés en second ordre, elle appliquait dans toute sa rigueur la sanction de l'article 896.

III. — L'ordre successif

Il ne suffit pas, pour qu'il y ait subtitution, que le même bien soit donné ou légué à deux ou plusieurs personnes : il est encore nécessaire que l'appelé le recueille *au décès du grevé, à titre de succession.*

Le principe normal est que tout individu est maître de disposer de ses biens, comme il l'entend (dans la mesure toutefois de la quotité disponible) : à son décès, son patrimoine, et quelle qu'en soit l'origine, se transmettra à ceux que son testament désigne ou que la loi appelle à sa succession.

Dans la substitution, le disposant enlève au grevé la liberté du choix de ses héritiers : bien plus, il renverse cet ordre basé sur les liens du sang, sur la présomption de l'affection et crée lui-même un *ordre spécial*, fondé en général « sur des motifs de puissance et d'élévation dans le domaine

politique » qui déroge au régime légal et régulier dans lequel les parents sont appelés à se succéder les uns aux autres. De par la volonté du disposant, le grevé devra conserver toute sa vie les biens légués et, à son décès, le substitué les recueillera automatiquement, et aussi valablement que si la loi elle-même les lui avait attribués. *Le substituant fait œuvre de loi.*

Bigot-Préameneu le constatait très justement (1) : « Faire une substitution, c'est constituer pour les générations futures l'état et l'organisation de la famille. C'est faire œuvre de législation plutôt qu'exercer un droit privé. »

La jurisprudence eut maintes fois l'occasion d'appliquer ces principes pour établir sa distinction entre le legs conditionnel et la substitution: il faut même dire qu'elle considère actuellement cet ordre successif comme le caractère distinctif de la substitution.

Elle constate, d'après des éléments d'appréciation qui ont leur valeur, que la volonté du testateur n'a pas été de faire échec à l'ordre successoral légal, de frauder la loi.

Elle reconnaît que, par l'effet de la condition qui a tenu en suspens le sort de la propriété, le second institué a pour auteur immédiat le disposant.

(1) Séance du 14 pluviôse, an XI ; Locré. *op. cit.*, p. 112.

Elle est donc en droit d'affirmer qu'il n'y a pas d'ordre successif et par conséquent, pas de substitution.

II

Le double legs conditionnel

La jurisprudence, en présence d'une clause testamentaire qui ne renferme pas les caractères de la substitution que nous venons d'étudier, déclare qu'il y a legs conditionnel : c'est donc que le legs conditionnel est possible.

Aucune difficulté n'a été soulevée pour admettre la validité du *legs fait sous condition suspensive*. L'article 1040 en reconnaît implicitement l'existence en prévoyant la caducité d'une « disposition testamentaire dont l'exécution est suspendue par l'arrivée ou la non arrivée d'un événement incertain (1). »

Quant au *legs fait sous condition résolutoire*, en présence du silence de la loi, est-il possible d'en admettre valablement l'existence ?

(1) La définition de l'article 1040 est du reste inexacte, puisque la condition suspensive, ainsi que nous aurons l'occasion de le constater, ne suspend pas seulement l'exécution, mais la naissance du droit.

A cette question, la réponse doit être nettement affirmative : il faut d'abord constater que, si le titre des donations entre vifs et des testaments ne mentionne pas le legs fait sous condition résolutoire à côté de celui que peut affecter une condition suspensive, il ne restreint pas les modalités qu'il plait aux testateurs d'imposer aux actes de disposition faits dans les formes réglées par le Code ; or, la condition résolutoire est une modalité admise par le Code au chapitre IV des Obligations dont les principes sont très généraux : leur application n'est pas restreinte aux contrats.

Il est dont loisible au disposant d'affecter son legs d'une condition quelconque, qu'elle soit suspensive ou résolutoire.

Suivant les principes, la condition suspensive affectera l'existence même du droit du légataire qui ne possédera donc qu'une simple expectative de droit. Néanmoins, même avant l'événement de la condition, ce droit peut faire l'objet de la part de son titulaire, de toutes mesures conservatoires : il pourra requérir inscription sur les immeubles de la succession conformément à l'article 2111 du Code civil ; provoquer la séparation des patrimoines et agir contre les tiers détenteurs d'immeubles compris dans son legs, pour interrompre le cours de la prescription (1).

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, VII, § 717.

Quant au legs soumis à une condition résolutoire, le bénéficiaire le recueillera au décès même du testateur : à partir de ce moment, le légataire pourra former sa demande en délivrance (1), puisque sa situation au point de vue de l'acquisition du droit est la même que si la disposition était pure et simple : l'arrivée de la condition opérera la résolution pour l'avenir, avec rétroactivité dans le passé, de tous les droits de ce légataire.

Par le jeu des conditions, que le testateur a toute liberté de combiner, la chose léguée peut, *avant d'aller se fixer sur la tête du légataire* dont le droit est suspendu par la condition, reposer sur celle, soit des *héritiers du sang*, s'ils sont seuls appelés à recueillir toute la succession, soit du *légataire universel*, bénéficiaire de tout le disponible de l'hérédité et seul grevé de toutes les charges actuelles ou éventuelles. L'arrivée de la condition aura pour effet de résoudre leurs droits dans la proportion du legs et ce, alors même que le testateur ne les aurait pas expressément soumis à une condition résolutoire. La nature même de leur titre héréditaire les désigne au paiement du legs, de même que seule elle les a désignés pour le recueillir provisoirement. La chose léguée peut aussi reposer sur la tête *d'un légataire par-*

(1) Cass. Req., 10 avril 1894 ; S., 1894, I, 503.

ticulier, si le testateur lui en a conféré la propriété, en l'affectant d'une condition résolutoire.

Cette résolution peut profiter soit aux *héritiers, ab intestat*, soit au *légataire universel*, les premiers appelés par la loi, le second par le disposant à recueillir la totalité de l'hérédité, même en l'absence de toute institution conditionnelle en leur faveur, soit même à un *légataire particulier*, si le testateur l'a désigné expressément pour bénéficier de sa libéralité.

Et maintenant avant d'aborder l'étude de la jurisprudence et des moyens dont elle s'est servi pour éluder la règle de l'article 896 dans les hypothèses où son application lui paraissait trop rigoureuse et contraire même à la véritable intention du législateur, est-il nécessaire d'indiquer l'intérêt de la distinction entre le legs conditionnel et la subtitution ?

La jurisprudence n'a pas entrepris une œuvre de théorie pure : à côté de l'analyse qu'elle a faite très exactement des caractères de ces deux institutions, elle a su mettre en relief la portée pratique considérable de sa distinction :

Le legs conditionnel est toujours valable, quand bien même la condition serait illicite ou

immorale : aux termes de l'article 900 du Code civil, cette condition est réputée non écrite : le légataire pourra réclamer immédiatement l'exécution du legs, sans prouver qu'il a rempli la condition imposée.

La substitution au contraire est toujours nulle, qu'elle soit pure et simple ou conditionnelle, et sa nullité entraîne celle de la disposition principale à laquelle cette charge était attachée.

PREMIÈRE PARTIE

ÉTUDE DE LA JURISPRUDENCE

Une histoire de la jurisprudence, en la matière du double legs conditionnel et de la substitution, se divise très naturellement en deux périodes bien distinctes :

La première, qui s'étend du début du XIX^e^ siècle jusqu'à l'arrêt de la Cour de cassation du 18 juillet 1873, se distingue par une application rigoureuse de l'article 896 à tous *les legs affectés d'une condition résolutoire, lorsque l'obligation de restituer les biens légués ne peut naître qu'au décès de celui qui en est grevé :* c'est là, incontestablement, un caractère que ces dispositions présentent de commun avec les substitutions : aussi, les juges l'envisagent-ils comme un criterium suffisant pour leur permettre de prononcer la nullité de l'institution en vertu de l'article 896,

et ce, malgré le principe de l'effet rétroactif de la condition dont ils ne tiennent pas plus compte que des circonstances de fait, révélatrices de l'intention du testateur de rester dans les limites permises par la loi.

Ce criterium reconnu, la jurisprudence devait logiquement admettre la validité de tous les *legs affectés de conditions suspensives* (1).

Au cours de cette première période, nous constaterons également le mouvement de la Cour de cassation en faveur de la validité de la disposition testamentaire (et peu lui importe ici la nature de la condition) lorsque le testateur a pris soin de la décomposer en libéralités en usufruit et en nue-propriété.

Ces deux théories feront, pendant de longues années, l'objet d'une application parallèle, sans que l'on puisse remarquer que l'une ait exercé sur l'autre une influence quelconque. Puis, insensiblement, elles se pénétreront et la Cour de cassation consacrera en 1873, vis à vis des legs de pleine propriété, la solution de faveur qu'elle réservait jusqu'alors aux seuls legs de nue-propriété et d'usufruit.

A partir de 1873, et nous entrons ici dans la

(1) Nous développerons plus loin (voir p. 49), les raisons juridiques de cette opposition que la jurisprudence établit entre les libéralités conditionnelles, suivant la nature de la condition.

seconde période de notre histoire, les arrêts se caractérisent par cette affirmation sans cesse répétée du pouvoir souverain des juges dans l'interprétation de la clause litigieuse. Il n'existe pas de criterium permettant de distinguer à *priori* le legs conditionnel de la substitution : c'est l'appréciation des éléments de la cause et la recherche de la volonté probable du disposant qui guideront le juge vers la solution la plus conforme à l'équité.

Telle est retracée à grands traits l'évolution de la jurisprudence : il nous reste maintenant, après toutes ces considérations générales, à en aborder l'étude approfondie (1).

(1) Nous suivrons, dans chaque partie de notre étude, pour l'exposé des arrêts l'ordre chonologique : il nous sera toutefois impossible de ne pas apporter certaines dérogations à notre méthode et quelques décisions ne figureront pas à leur place, dans leur ordre d'apparition.

I

La Jurisprudence avant 1873

Les legs conditionnels de pleine propriété

Dès le début du XIXe siècle, la jurisprudence posa très nettement le principe auquel elle demeura longtemps attachée. Il peut se formuler ainsi : quand l'héritier institué se trouve investi, dès le décès du disposant, de la propriété des biens qu'il a charge de garder et de rendre à l'arrivée d'une condition dont la réalisation n'est possible qu'à son décès, il y a une substitution prohibée.

Un testateur, après avoir institué un héritier, avait légué à un tiers une somme déterminée dans le cas où ledit héritier décéderait sans être marié ou sans enfants légitimes.

Voici par quels motifs la Cour de Limoges (1)

(1) Limoges, 27 juillet 1809 ; D. J. G. v° Substitution n° 128.

prononce la nullité de l'institution, dans un arrêt du 27 juillet 1809 : « Considérant que la disposition dont il s'agit n'est pas seulement suspendue dans ses effets jusqu'au décès de l'héritier institué, caractère qui, s'il se rencontrait seul, pourrait faire douter, s'il y a legs conditionnel ou fidéicommis, mais que les sommes qui en font l'objet devaient être possédées par ledit institué comme les autres biens qui lui ont été laissés par le testateur, de manière que le tiers X... n'a été appelé à les recueillir qu'après que ledit institué les aurait lui-même recueillies. »

Le legs affecté d'une telle condition résolutoire investit donc le légataire d'une propriété incommutable jusqu'à son décès et, pour la Cour de Limoges, l'effet rétroactif de la condition n'en opère pas la résolution. L'héritier institué se trouve donc exactement dans la situation d'un grevé.

L'arrêt continue, expliquant la nullité qu'il prononce : « Si, dans l'Ancien Droit, on faisait valoir comme fidéicommis ce qui ne pouvait valoir comme legs conditionnel, il n'en résulte pas qu'aujourd'hui surtout, on puisse faire valoir comme legs conditionnel ce qui ne peut valoir comme substitution fidéicommissaire, parce qu'autrement ce serait sans utilité que les lois des 25 octobre et 14 décembre 1792 auraient

déclaré sans effet les substitutions non encore ouvertes. »

Il est intéressant de constater, dans cette partie finale de l'arrêt de Limoges, l'état d'esprit du juge en présence d'une disposition qu'on lui demande de valider comme legs conditionnel : Il ne cherche pas encore, ce qu'il fera plus tard, à pénétrer par l'analyse l'intention du testateur, qui peut ne pas avoir voulu créer l'ordre successif, caractéristique de la substitution. Beaucoup plus que le souci de respecter cette volonté, le juge a celui de poursuivre la lutte entreprise par les lois révolutionnaires et, sur ce chapitre au moins, continuée par le Code de 1804, contre les institutions de l'Ancien Régime : il faut empêcher, à tout prix, le rétablissement, sous un autre nom, de la substitution.

La Cour de cassation (1) consacra en 1812 la même théorie: *un légataire universel était chargé de rendre à un tiers une somme de 20.000 francs s'il mourait avant 24 ans.* La Cour de cassation, après la cour d'Aix (2), prononça la nullité : l'article 896 abolit les substitutions, ce qui comprend aussi bien celles qui sont faites conditionnellement que celles qui sont faites sans condition ; sans doute, si le légataire universel atteint l'âge de 24 ans, son droit à la totalité du legs sera

(1) Cass , 8 juin 1812 ; S., 1812, I, 363.
(2) Aix, 5 juin 1809 ; S., 1812, I, 363.

définitivement consolidé ; mais il n'en est pas moins vrai que, jusqu'à cette époque, son droit est sous la menace d'une résolution possible qui rend sa propriété incertaine ; en outre, c'est à son décès que devra s'opérer, si la condition se réalise, la restitution de la somme léguée. Il y a donc double disposition successive du même objet et ordre de successibilité, établis par l'autorité même du testateur. Il y a en un mot une substitution et l'article 896 doit recevoir ici son application.

Toute différente est la théorie de la jurisprudence, quand la condition résolutoire doit se réaliser du vivant du légataire : et cela se comprend aisément : il est impossible, en effet, de retrouver dans cette hypothèse l'existence d'un ordre de succession, puisque le droit du second institué s'ouvrira, si la condition se réalise, à un autre moment que le décès du premier.

Une femme avait institué son mari légataire universel et avait ajouté que « dans le cas où son mari convolerait en secondes noces, il serait tenu de rendre la moitié de ce dont il était gratifié, laquelle moitié serait distribuée aux pauvres. » Les personnes, auxquelles le testament portait préjudice, l'attaquèrent comme contenant une substitution prohibée. Le tribunal de première instance de Strasbourg refusa de consacrer leur prétention (jugement du 23 février 1819) et, sur appel, la

Cour de Colmar (1) rendit, le 8 août 1819, un arrêt confirmant la décision des premiers juges : « Attendu, dit l'arrêt de Colmar, que si le Code prohibe les substitutions, il permet les dispositions conditionnelles ; attendu que la substitution n'existe que lorsqu'il résulte des dispositions qui l'établissent un ordre successif suivant lequel l'appelé doit recueillir l'objet de la substitution après le décès du grevé ; attendu surtout qu'il ne peut y avoir substitution lorsque la condition de laquelle on prétend la faire résulter, ne pouvant arriver que *par le fait et du vivant du grevé*, prend le caractère d'une condition résolutoire dont l'événement effacerait le trait de temps et aurait pour effet de résoudre la libéralité, comme si elle n'avait jamais été faite ; attendu que la condition dont il s'agit, quoique conçue en termes affirmatifs, est négative, en ce qu'elle impose à l'institué de ne pas se marier, à peine d'être privé pour moitié du bénéfice de l'institution ; *qu'elle est donc résoluloire de sa nature et par conséquent exclusive de toute idée de substitution*, qui suppose au contraire, l'exécution successive de deux libéralités au profit de deux individus, lesquels recueillent et conservent, mais l'un après l'autre, le bénéfice de la dispo-

(1) Colmar, 8 août 1819. D. J. G. v° subst. n° 116.

sition, *au lieu que dans le cas de la résolution, le second appelé prend la place du premier au profit duquel la libéralité est sensée n'avoir jamais existé* ».

Cet arrêt fut le premier à faire, en notre matière, l'application de la règle de la rétroactivité de la condition résolutoire : par le jeu des principes, il arrive à considérer comme non avenue la première libéralité. Pourtant, et cet arrêt est à ce point de vue très caractéristique, il restreint cette règle au seul cas où la condition doit se réaliser du vivant du légataire. L'article 1179 s'exprime cependant en termes très généraux, et il semble, en vertu de ce texte, que la condition, partout où elle se rencontre et quel que soit le moment de sa réalisation, doive produire le même effet : le juge ici encore est influencé par cette idée que, quand le second institué se trouve appelé à recueillir au décès du premier, il y a toujours substitution, et que, par suite, la prohibition d'ordre public de l'article 896 ne doit pas être battue en brèche par un texte aussi spécial, que l'article 1179.

C'est en réalité l'application du même principe

qui a permis à la jurisprudence de valider le *legs sous double condition suspensive.*

Voici dans quels termes se présentait la clause litigieuse : le testateur avait dit : « *Je donne mes biens à X... à condition qu'il se marie. S'il ne se marie pas, je les donne à Y...* »

X... décéda sans être marié et Y... réclama la délivrance du legs que les héritiers naturels, lésés dans leurs droits, attaquèrent comme entaché de substitution.

Leur raisonnement était, du reste, parfaitement inexact : le légataire X... disaient-ils, a dû être saisi des biens donnés dès le décès de la testatrice, bien qu'alors il ne fût pas encore marié. Il est de principe en effet que la propriété ne peut rester incertaine ; si, dans l'espèce, elle n'appartient pas aux héritiers naturels, elle doit nécessairement appartenir au légataire, sauf à lui à rendre ultérieurement les biens, s'il n'accomplit pas la condition qui lui est imposée, et à charge par conséquent de les conserver, tant que l'événement prévu *in conditione* ne s'est pas réalisé.

Les héritiers transformaient donc ce legs affecté d'une double condition suspensive en legs au profit de X... sous la sous condition résolutoire de son décès avant son mariage et, au profit de Y.., sous la même condition suspensive : conformé-

ment à ses arrêts antérieurs, la Cour suprême aurait vraisemblablement prononcé la nullité de cette disposition, si une telle interprétation avait été admise.

La Cour de cassation (1), dans un arrêt rendu le 20 décembre 1831, refusa de consacrer la prétention des héritiers : « Attendu, déclare la Cour, que le legs universel fait à X... étant subordonné à la condition de son mariage et cette condition n'ayant pas été remplie, l'enfant étant décédé avant l'âge nubile, il en résulte qu'il n'a pas été saisi du legs et que par conséquent, il n'y a pas eu de transmission possible de lui à un tiers, que le tiers n'a donc rien tenu de lui ; qu'il n'y a donc pas de substitution, puisque l'on n'y rencontre pas son caractère essentiel, la charge de conserver et de rendre. »

La Cour de cassation a fait, dans cette hypothèse une analyse très exacte de la disposition : la testatrice a voulu que X... ne soit investi de la propriété du bien légué qu'au jour de son mariage : En attendant la réalisation de la condition, la propriété ne sera pas sans maître, et, puisqu'elle n'appartient ni à X..., ni à Y..., elle reposera sur la tête des héritiers naturels qui la conserveront pour la rendre soit à l'un soit à l'autre des

(1) Cass., 20 octobre 1831 ; S., 1832, I, 44.

légataires institués, suivant que X... accomplira ou non le vœu de la testatrice. Mais, dans tous les cas, cette condition résolutoire se réalisera à un autre moment qu'au décès de ceux que la ilo elle-même constitue dépositaires de ces biens : La disposition ne peut donc pas être atteinte par la nullité de l'article 896.

Ce criterium auquel s'attache la jurisprudence et que nous avons retrouvé identique dans tous les arrêts précédemment cités, elle l'applique encore dans une hypothèse plus délicate et vivement controversée : peut-il y avoir substitution quand un legs a été affecté d'une condition résolutoire unique *dont la réalisation au décès du premier institué fixera la propriété sur la tête des héritiers naturels?*

Nous n'entreprendrons pas ici la discussion de cette théorie qui sortirait du cadre de notre étude. Qu'il nous suffise de dire que, dès l'Ancien Droit, dans la coutume d'Auvergne, qui, comme notre Code, prohibait les substitutions (1), lorsque par suite de la condition résolutoire, le bien devait faire retour aux héritiers naturels, on validait la disposition comme legs conditionnel : la substitution, disait-on, est prohibée parce qu'elle bouleverse le régime successoral. Ici, au contraire, la réalisation de la condition a pour effet d'attri-

(1) Chabrol. *Coutumes d'Auvergne*, II, ch. XII, p. 127.

buer le bien à ceux qui doivent le recueillir suivant l'ordre normal. Il n'y a donc pas lieu d'empêcher ce résultat par l'annulation de la disposition (1).

La jurisprudence du XIXe siècle s'est montrée plus rigoureuse : voici l'espèce sur laquelle la Cour de cassation eut à se prononcer : *Un testateur avait institué pour son unique héritière la demoiselle Schwartz et avait ajouté qu'en cas de décès de cette demoiselle avant d'avoir contracté mariage ou sans avoir eu d'enfants de son mariage, le bénéfice du legs devait être réversible pour la jouissance seulement à sa mère survivante, après la mort de laquelle ce bénéfice devait appartenir de droit à ses héritiers naturels.* »

La demoiselle Schwartz décéda sans avoir rempli la condition imposée et les héritiers naturels du disposant réclamèrent, en vertu de la clause testamentaire, la délivrance du legs.

Les héritiers naturels de la demoiselle Schwartz l'attaquèrent comme entaché de substitution et le Tribunal de Colmar (2) leur donna gain de cause par les considérants suivants : « Attendu qu'il existe dans la disposition attaquée la charge de conserver et de rendre ; qu'une pareille disposition, qui ne transmet à des tiers la propriété d'un legs *qu'après*

(1) Cette théorie fut défendue par M. Labbé, dans une note, au S., 1874, I, 5.

(2) Colmar, 7 août 1837 (S., 1841, I, 603).

que cette propriété a fait impression sur la tête d'une autre personne, constitue une substitution fidéicommissaire dans la force du terme ; que cette substitution est signalée par le trait de temps et l'ordre successif ; qu'il est évident que chaque institué est tenu de conserver la propriété jusqu'à sa mort pour la transmettre à un autre institué. »

Le jugement assimile donc au regard de la demoiselle Schwartz les héritiers naturels du disposant à des tiers. Qu'elle ait mission de rendre aux uns ou aux autres, la substitution se présente avec les mêmes caractères intrinsèques et doit, par conséquent, recevoir la même sanction.

« Attendu, dit encore le jugement, qu'on ne peut considérer cette disposition comme contenant un legs purement résolutoire, puisque le testateur n'a pas entendu donner l'usufruit du legs à la demoiselle Schwartz, mais bien la nue-propriété ; que, dès lors, en instituant en dernière ligne ses héritiers naturels pour recueillir le legs, il a interrompu l'ordre successif et dépouillé les héritiers naturels de la légataire universelle des droits successifs que leur attribuait la loi ; que le législateur, en prohibant la substitution fidéicommissaire, a précisément voulu empêcher *que les propriétés transmises par testament ne restassent flottantes et incertaines dans les familles et que l'ordre de succession établi par la loi ne*

fût rompu par des institutions en second ordre. »

Cette partie finale du jugement de Colmar répond à l'argument que faisaient valoir nos anciens auteurs, à savoir, que charger le légataire de restituer aux héritiers naturels du disposant, ce n'est pas faire obstacle au régime normal des successions : n'est-ce pas en effet permettre de recueillir à ceux que la loi avait primitivement désignés ?

Il faut partir d'un principe tout différent : par le fait de l'institution de la demoiselle Schwartz, le testateur s'est définitivement et irrémédiablement dépouillé de la propriété du bien légué. L'ordre successoral, suivant lequel, à l'avenir, le bien devra être dévolu, n'est plus celui qui sera réglé par le disposant, mais bien l'ordre successoral suivant lequel seront désormais dévolus tous les biens de la légataire.

Permettre aux héritiers naturels de recouvrer la propriété de ce legs, c'est troubler cette dévolution normale, et, jusqu'à l'arrivée de la condition, rendre incertaine la fixation de la propriété du legs, soit dans la famille du testateur, soit dans celle de la demoiselle Schwartz.

La Cour de Colmar confirma par adoption des motifs le jugement rendu par le tribunal et la Chambre des requêtes de la Cour de cassation (1)

(1) Cass., 21 juin 1841 ; S., 1841, I, 603.

rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt : c'était consacrer une fois de plus et dans une espèce où, pour d'autres motifs, la rigueur de la loi aurait pu être mise en échec, le principe qu'il y a substitution par le fait de l'existence de cette obligation de conserver et de rendre, lorsque la restitution doit s'opérer au décès du premier institué et, ce, quelle que soit la qualité du légataire en second ordre.

Dans les arrêts qui suivent, la jurisprudence traite le legs affecté d'une condition résolutoire avec la même rigueur et donne parfois de l'annulation de la disposition testamentaire des motifs qu'il est intéressant de signaler.

Un sieur Gellas avait laissé tous ses biens à Justin Balandra et avait ajouté qu' « *en cas de décès de son légataire avant sa majorité, les sommes à lui léguées en argent devaient être partagées entre trois de ses neveux.* »

La Cour de Toulouse, dans un arrêt du 22 novembre 1842, reconnait tout d'abord dans cette disposition la charge imposée à Justin Balandra de conserver et de rendre, puisqu'il a été saisi, dès l'instant du décès de Gellas, et que l'institution ne cesse de produire effet que par le décès de l'institué avant sa majorité, cas auquel les sommes léguées devront être partagées entre d'autres.

La Cour conclut, malgré la présence de la condi-

tion, à l'existence d'une substitution et, par suite, à la nullité et ajoute « que, s'il en était autrement, les substitutions échapperaient toujours à la prohibition de la loi, puisqu'il suffirait de dire, par exemple, que si l'institué venait à décéder *non point avant sa majorité, mais avant sa centième année*, les biens passeraient à d'autres légataires que le testateur voudrait appeler en second ordre. »

La Chambre de requêtes (1) rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt de la Cour de Toulouse.

L'argument qu'invoque la Cour de Toulouse est significatif, car il révèle la *méthode d'interprétation purement objective* à laquelle s'attache exclusivement la jurisprudence, durant la période que nous envisageons.

Si, en effet, elle admettait, pour apprécier la véritable nature de la disposition testamentaire, la nécessité de rechercher et de déterminer l'intention du testateur, plus révélatrice que l'époque de la restitution des biens, l'argument n'aurait en l'espèce aucune portée. En insérant une condition dont la réalisation à peu près certaine donnera ouverture au droit des seconds appelés et ce, au décès des premiers institués, la volonté du testateur de faire ici une substitution est manifeste; et la cour de Toulouse, avec une interprétation subjective, n'aurait pas mis en balance, *à priori* et

(1) Cass., 22 novembre 1842; S., 1842, I, 914.

avant tout examen, cette condition de réalisation presque assurée et celle, au contraire, très incertaine, que le légataire décédera avant sa majorité.

Dans une hypothèse analogue, le Tribunal de Brives, dans un jugement du 6 juin 1848 que confirma la Cour de Toulouse (1), conclut, de même, de l'existence de la charge de conserver et de rendre à la nullité de la disposition testamentaire, et il ajoute qu'on ne saurait y voir un legs conditionnel, « qu'un legs est conditionnel, lorsque, admettant la condition, la chose léguée est censée passer directement du testateur au légataire, parce que l'effet rétroactif de la condition reporte la libéralité au moment où le testateur est décédé, de façon qu'entre celui qui donne et celui qui reçoit il n'y a pas d'intermédiaire ; mais qu'ici, la propriété ayant fait impression au décès du testateur sur la tête de son héritière instituée, il est évident que, lorsque cette propriété passe au second gratifié, il n'y a plus un simple legs conditionnel, mais deux donations successives, ce qui est un des caractères de la substitution. »

La question que résout, sans discussion et par la négative, le Tribunal de Brives est précisément celle de savoir si cette impression qu'a produite le legs résoluble sur la tête de l'héritier institué

(1) Toulouse, 6 juin 1848 ; D., 1849, II, 144. — Voir aussi : Cass., 4 décembre 1865 ; S., 1866, I, 70.

n'est pas susceptible d'être effacée par l'effet rétroactif, et ce, quel que soit le moment de la réalisation de la condition.

C'est le même principe qu'affirmera plus tard la Cour de Douai (1), en déclarant « qu'il n'y a de condition résolutoire proprement dite en matière d'institution testamentaire que celle qui peut s'accomplir durant la vie de l'institué ; que si l'institution doit nécessairement produire ses résultats, comme dans l'espèce, jusqu'au décès même de l'institué, un premier ordre successif se trouve épuisé et le testament qui dispose des mêmes biens au profit d'un second appelé, dont le droit ne s'ouvre qu'après le décès du premier, ne résout pas la disposition principale, mais crée véritablement un ordre successif. »

Durant toute cette première période, la Cour de cassation et les Cours d'appel n'ont jamais admis, en vertu de *l'effet rétroactif de la condition*, la résolution de la première libéralité, quand celle-ci doit s'exécuter au décès du premier institué.

C'est dire que, pour elles, la nullité de la disposition est la règle, puisque la succession des deux libéralités, qui produisent chacune effet l'une après l'autre et sans rétroactivité, est l'indice certain d'une substitution.

(1) Douai, 28 décembre 1875 ; S., 1876, II, 76.

Un arrêt de Dijon de 1851 (1) a cependant admis la validité pour des motifs tout différents.

La clause testamentaire soumise à l'appréciation de la Cour était ainsi rédigée : « Je donne à X... la propriété de tous les biens que je laisserai au jour de mon décès ; dans le cas où X... décéderait sans enfants, tout ce que je lui donne devra revenir à ma famille ».

C'est une disposition tout à fait analogue, également affectée d'une condition résolutoire en cas de décès sans enfants avec retour aux héritiers naturels, que la Cour de cassation annula en 1841. La Cour de Dijon vit dans notre hypothèse non pas une substitution fidéicommissaire, mais une *substitution compendieuse* valable.

Ce furent nos anciens auteurs qui créèrent cette catégorie de la substitution compendieuse dont la dénomination est aujourd'hui complètement perdue : c'est qu'en effet, elle ne constitue pas un genre nouveau et particulier de substitution ; elle n'est en réalité qu'une forme de substitution, une manière de substituer. Il y avait substitution compendieuse, quand le testateur s'était exprimé en termes assez généraux pour que la disposition fût susceptible de deux interprétations différentes et pût comprendre, soit le cas

(1) Dijon, 22 août 1851 ; S., 1854, I, 694.

où le premier gratifié ne recueillera pas, parce que son décès surviendra avant celui du disposant, c'est la substitution vulgaire, soit le cas où le premier aura recueilli après le décès du disposant, c'est la substitution fidéicommissaire.

Suivant que l'on s'en tiendra à l'une ou à l'autre de ces interprétations, il faudra donc, aujourd'hui du moins où la substitution vulgaire est seule permise, admettre la validité ou la nullité de la disposition.

La Cour de Dijon s'est montrée particulièrement hardie dans la circonstance, en traitant comme substitution compendieuse valable, c'est à dire comme substitution vulgaire, une clause testamentaire qui, jusque-là, avait toujours été considérée par la Cour de cassation comme substitution fidéicommissaire : d'après elle, le testateur n'a pas formellement indiqué que la résolution n'était destinée à se produire qu'après son propre décès ; « on peut donc supposer que la deuxième libéralité est faite pour le cas où le premier institué décéderait avant le testateur ; et, en reconnaissant que telle a été la pensée du testateur, toute idée de substitution fidéicommissaire disparaît, puisqu'on ne retrouve plus l'obligation de conserver et de rendre ». C'est, en d'autres termes, reconnaître que la disposition ne renferme qu'une simple substitution vulgaire.

Il est intéressant de constater, en 1851, dans cet

arrêt de la Cour de Dijon, la première affirmation de ce principe, souvent répété par les arrêts ultérieurs, *que l'on doit adopter l'interprétation dans le sens où la disposition doit recevoir effet plutôt que dans celui où elle serait sans effet.*

Cette tentative est d'autant plus hardie que, dans l'espèce, il est fort peu probable que l'interprétation de la Cour ait été conforme à la volonté du testateur.

Si l'intention du disposant avait été de ne faire une seconde institution que pour le cas où, à son propre décès, le premier légataire ne pourrait recueillir par suite de son décès antérieur, il est certain qu'il n'aurait pas expressément appelé par cette seconde institution, faite à défaut de la première, sa famille, c'est à dire ses héritiers naturels que la loi elle-même désigne pour lui succéder, en l'absence de tout autre légataire universel ou particulier. Ne faut-il pas bien plutôt supposer qu'en disposant expressément de ses biens en leur faveur, il a voulu faire une institution utile?

Dans sa pensée, ses biens devaient être, dès son décès, dévolus au premier légataire qui frustrait ainsi les héritiers naturels du défunt de tous les droits successoraux auxquels ils pouvaient prétendre. La réalisation de la condition résolutoire anéantissait cette libéralité et c'est alors qu'apparaissait la nécessité de l'institution en seconde ligne des héritiers naturels ; seule, en effet, elle

leur permettait de recouvrer une propriété qu'ils pouvaient croire irrémédiablement perdue.

C'est du reste cette interprétation qu'a admise la Cour de cassation (1) : elle a vu, dans la clause testamentaire soumise à la Cour de Dijon, non pas une substitution vulgaire, mais une substitution fidéicommissaire, caractérisée par deux institutions destinées l'une et l'autre à produire effet après le décès du disposant et par l'obligation, à la charge du premier légataire, de conserver les biens, objets du legs, pour les rendre, à son décès, au second légataire institué.

La tentative de la Cour de Dijon en faveur de la validité de la disposition resta donc stérile et la Cour de cassation consacra, une fois de plus, son principe rigoureux de la stricte application de l'article 896.

Elle l'appliqua encore dans deux autres hypothèses qui ne pouvaient se confondre avec la substitution.

Dans la première de ces espèces qui lui fut soumise et sur laquelle elle se prononça par un arrêt du 24 avril 1860 (2), le testateur avait *institué une demoiselle C... sa légataire universelle et avait stipulé que tous ses biens retourneraient à ses héritiers naturels, si la demoiselle C... décédait*

(1) Cass., 8 février 1854 ; S., 1854, I, 694.
(2) Cass., 24 avril 1860 ; S., 1860, I, 514.

sans enfants. Et le testateur avait ajouté que la légataire aurait le « *droit d'aliéner les biens légués en cas de nécessité* », sans préciser la nature des besoins qui devraient donner ouverture à ce droit et sans l'obliger à fournir par avance une justification quelconque de ses aliénations.

En réalité, c'était permettre à la légataire, et ce, malgré cette apparence de restriction, d'aliéner, à son gré, les biens légués, puisque la cause de ses besoins qu'on ne limitait pas devait résider pour la plus grande part dans sa propre volonté et qu'elle pouvait, selon les caprices de ses désirs, les créer et les multiplier à l'infini.

La Cour de cassation aurait pu tenir compte de cette réalité et aussi de l'existence de la condition, révélatrice de l'incertitude du testateur sur l'attribution définitive de ses biens, pour ne voir dans la libéralité qu'un double legs conditionnel valable, impossible à confondre avec la substitution fidéicommissaire : le principe même de la substitution, telle que la concevait l'Ancien Régime, n'était-il pas de transmettre de mains en mains, suivant l'ordre établi par le testateur, une masse de biens absolument *intangible*, destinée à assurer par sa permanence l'illustration d'un nom dont elle était parfois le seul soutien, bien plus qu'à servir les intérêts personnels de ses dépositaires, eussent-ils été dans le plus complet dénuement?

La Cour de cassation, avec le Tribunal des Sables-d'Olonne (1) et la Cour de Poitiers (2), n'a pas admis cette théorie et le fait que « le testament renfermait à la charge de la légataire une obligation sérieuse de conserver la propriété des biens légués, sauf une circonstance très spéciale (celle de nécessité), et de la transmettre à un tiers, suivant un ordre successif » a été pour elle un criterium déterminant de l'existence de la substitution.

Toute la question que ne discute pas l'arrêt de la Cour est précisément celle de savoir si cette faculté d'aliéner, fût-ce en cas d'impérieuse nécessité, alors surtout que le légataire a pu se créer lui-même cette nécessité, n'est pas exclusive de la substitution : en définitive et dans une certaine mesure, la conservation des biens et leur restitution dépendent pourtant davantage de la volonté du grevé que de celle du testateur.

Cet arrêt de 1860 est caractéristique de cette tendance que manifeste la jurisprudence d'appliquer l'article 896 à des hypothèses de legs conditionnels dans lesquelles des circonstances de fait, indépendamment même de la rétroactivité de la condition, auraient pu lui permettre de se prononcer en faveur de la validité.

C'est avec le même esprit qu'en 1865, la Cour de

(1) Tribunal des Sables-d'Olonne, 29 juin 1858, S., 1860, I, 514.
(2) Poitiers, 29 décembre 1858, S., 1860, I, 514.

cassation annula comme entachée de substitution une disposition testamentaire conçue dans les termes suivants : *J'institue X... mon légataire universel. — S'il ne se marie pas et décède sans enfants légitimes, les biens légués passeront à son frère. Je les laisse entièrement libres de prendre de leur vivant les arrangements qui pourraient mutuellement le mieux leur convenir, de manière toutefois que mes volontés fussent fidèlement exécutées.*

Cette faculté laissée au grevé de prendre avec l'appelé *tous les arrangements qui pourraient le mieux leur convenir* n'attribuait, en aucune façon, au grevé la libre disposition des biens légués et le droit absolu de les aliéner ; mais elle lui rendait possible cette aliénation, avec le concours du second légataire, et sauvait ainsi cette institution du reproche capital que les économistes adressaient à la substitution d'être un obstacle au développement de la richesse publique et du crédit.

Les appelés, dans la substitution, sont, en effet, souvent inconnus, parfois non encore conçus ; on ne peut donc pas les faire intervenir dans les actes passés entre le grevé et les tiers relativement aux biens substitués et rendre ainsi ces actes incommutables : la conséquence de cette incertitude sur l'attribution définitive de la propriété, nous l'avons

signalée par ailleurs, est l'immobilisation des biens.

Ici, le testateur, en prévoyant expressément cette faculté d'arrangements entre les légataires institués, tous deux connus de lui et capables, et, par suite, la possibilité d'une entente en vue d'une aliénation que leur commune participation à l'acte rendra définitive pour la plus grande sécurité des tiers, manifestait son intention de parer à ce danger réel de la substitution.

La Cour de cassation aurait pu prendre en considération cette volonté du testateur et ne voir dans la disposition testamentaire soumise à son examen qu'un double legs conditionnel.

Elle en a néanmoins prononcé la nullité (1) par ce motif « que le grevé ne peut être considéré comme dégagé de l'obligation de conserver par la faculté qui lui est donnée exceptionnellement, qu'autant que cette faculté est absolue, de telle façon qu'il puisse en user en toute liberté, sans contrôle d'aucune sorte ; qu'ici ce droit n'est pas absolu, puisque le concours de son frère lui est nécessaire, et que, jusqu'à l'arrangement qu'il peut provoquer, mais auquel rien dans le testament ne l'autorise à contraindre son frère, il reste soumis à l'obligation de conserver, obligation qui caractérise la substitution prohibée dans l'un de ses éléments essentiels ».

(1) Cass., Req. 31 mai 1865 ; S., 1865, I, 353.

La Cour de cassation part de ce principe qu'il faut reconnaître l'existence de la substitution, tant que le grevé n'a pas la *faculté absolue d'aliéner*. Il serait beaucoup plus conforme au but même de l'institution, telle que l'avait conçue l'Ancien Régime, de dire qu'il n'y a pas de substitution, tant que le grevé n'a pas, comme dans l'espèce, *l'obligation absolue de conserver*.

Quelles que soient donc les circonstances de fait dont la présence peut révéler la volonté du testateur de ne pas faire une substitution, la Cour de cassation, dans tous les arrêts étudiés jusqu'ici, applique toujours l'article 896, quand elle reconnaît l'obligation, à la charge du premier légataire, de conserver les biens légués et de les rendre, à son décès, à un second institué.

Le legs affecté d'une condition résolutoire de nature à ne se réaliser qu'au décès du premier gratifié (1) se trouve donc frappé par la nullité de l'article 896, puisque la jurisprudence ne fait pas encore application du principe de l'effet rétroatif de la condition et que les deux libéralités se succèdent, suivant l'ordre établi par leur auteur, comme dans

(1) Voir encore dans le même sens : Cass., 23 nov. 1840 ; S., 41, I, 245 ; Cass., 18 avril 1842 ; S., 42, I, 525 ; Limoges, 6 juin 1848. D., 49, II, 144 ; Cass., 11 déc. 1860 ; S., 61, I, 185 ; Cass., 7 mai 1862 ; S., 62, I, 463 ; Cass., 1er août 1864 ; S., 64, I, 408 ; Cass., 8 février 1869 ; S., 69, I, 355.

une substitution, la première conférant, à l'instant même du décès du testateur, à l'institué en premier ordre la propriété incommutable de la chose léguée, moins le droit d'en disposer, la seconde, faisant passer la même propriété, au décès de l'institué en premier ordre, sur la tête de l'institué en second ordre, s'il lui survit.

Quant au *legs affecté d'une double condition suspensive*, la Cour de cassation en a toujours admis la validité.

Sans doute, ainsi que nous avons eu déjà l'occasion de le faire remarquer, il y a une *résolution* qui se produit et qui atteint les héritiers naturels; ils ne peuvent néanmoins être assimilés à des grevés, puisque ce n'est pas à leur décès que naîtra pour eux l'obligation de restituer : ce sera, suivant les cas, soit au jour de la réalisation par l'un des deux légataires éventuels de la condition positive imposée par le testateur (mariage, survenance d'enfants légitimes), soit au jour du décès de celui qui n'aura pas réalisé de son vivant la condition exigée, fixant par là même définitivement le droit au legs sur la tête du second légataire institué éventuellement : mais, ce sont là des conditions parfaitement licites, dont la jurisprudence n'a jamais hésité à reconnaître la validité, et qui ne peuvent transformer un legs valable en substitution prohibée.

Ni l'un, ni l'autre des deux légataires ne peut davantage remplir le rôle de grevé, chargé de conserver et de rendre à son décès, puisqu'ainsi que le fait très justement observer un arrêt de la Cour d'Angers (1), celui des deux qui décédera avant d'avoir rempli la condition imposée « n'aura jamais profité en quoi que ce soit, à aucun instant de sa vie, du legs à lui fait ; *n'ayant rien reçu du testateur sinon une espérance qui ne s'est pas réalisée*, il n'aura donc rien eu à conserver de son vivant et n'aura rien à rendre à sa mort au second institué. »

Comment, après l'affirmation si fréquente de pareils principes, la jurisprudence a-t-elle pu opérer en 1873 un revirement complet ?

Comment après avoir, en vertu de l'article 896, prononcé la nullité de toutes les dispositions testamentaires où elle rencontrait la charge de conser-

(1) Angers, 19 décembre 1877 ; S., 1878, II, 82 ; D., 1879, II, 171. Voir dans le même sens de la validité : Paris, 13 mai 1870 ; S., 1871, II, 91 ; Cass., 8 avril 1872 ; S., 1872, I, 172 ; Cass., Req., 23 décembre 1878 ; S., 79, I, 399 et l'arrêt de la cour de Nîmes, 6 mars 1878 ; *id.* ; Cass., 25 févr. 1885 ; S., 1885, I, 216.

ver et de rendre, a-t-elle pu poser, en règle générale, que *deux dispositions, portant sur les mêmes biens et les attribuant d'abord à un premier gratifié sous une condition dont l'accomplissement ne peut être vérifié qu'à son décès et au cas où cette condition viendrait à défaillir à un second gratifié, doivent être validés comme constituant un double legs conditionnel alternatif ?*

L'interprète doit étudier ce revirement de jurisprudence tellement absolu qu'il n'a peut-être pas son égal au cours du XIX^e^ siècle ; mais avant de le constater et d'en apprécier toute la parfaite logique, tant au point de vue de l'histoire que de la science même du droit, ne peut-il pas rechercher et déterminer les influences immédiates qui en ont provoqué la brusque apparition ?

Tel est le nouveau problème qui se pose et que l'analyse des arrêts nous permettra de résoudre.

Nous allons constater, en effet, que, parallèlement à la théorie élaborée jusqu'ici par la jurisprudence et que nous avons étudiée, un autre principe se dégage des arrêts en faveur de la validité d'une disposition présentant avec le double legs conditionnel affecté de conditions résolutoire et suspensive et, par suite, avec la substitution fidéicommissaire de frappantes analogies : nous voulons parler du legs d'usufruit joint à un legs de nue propriété.

Legs pur et simple de nue propriété et d'usufruit

Le testateur puise dans l'article 899 le droit de partager sa libéralité et de gratifier un de ses légataires de l'usufruit de ses biens, tandis qu'il en attribue à un autre la nue propriété.

Que l'on ne dise pas que, par cette division de la propriété, le législateur semble autoriser un résultat tout à fait identique à celui qu'il prohibe par l'article 896 : de prime abord, une certaine confusion est possible et c'est pour la prévenir qu'il place cet l'article 899 parmi ceux qu'il consacre aux dispositions testamentaires permises : une telle libéralité « ne sera pas regardée comme une substitution, déclare-t-il expressément, et sera valable ».

C'est, en effet, *à la mort* du donataire ou du légataire de l'usufruit et *par l'effet de la mort* même que le donataire ou le légataire de la nue propriété recouvrera le plus ordinairement la jouissance de sa chose ; il se trouvera donc, du moins si l'on en juge par les résultats, dans la situation d'un appelé qui, au décès du grevé, se trouve investi de la propriété des biens substitués.

Le légataire de l'usufruit n'est-il pas chargé par

le testateur de conserver les biens dont il a la jouissance, pour les rendre, à sa mort, au légataire de la nue propriété ?

En réalité, la situation du grevé et de l'appelé dans la substitution et celle du légataire de l'usufruit et du légataire de la nue propriété dans la disposition permise par l'article 899 sont, malgré les apparences, profondément différentes.

Ainsi que le fait très justement observer M. Demolombe (1), « ce n'est pas l'usufruitier mourant qui transmettra son droit au nu propriétaire ; il ne peut pas le rendre, puisque son droit meurt avec lui ».

L'usufruit est, en effet, essentiellement attaché à la personne de l'usufruitier. Comment celui-ci pourrait-il être tenu de rendre ce qu'il ne peut pas conserver après son décès ? Si le nu propriétaire recouvre, à la mort de l'usufruitier, la jouissance des biens légués, ce n'est là que l'effet normal et immédiat de l'extinction de l'usufruit.

En présence du texte formel de l'article 899 et en vertu même des principes incontestables qui régissent la transmission de l'usufruit, la jurisprudence devait donc nécessairement admettre la validité de la double disposition en usufruit et en nue propriété, telle que nous l'avons examinée.

(1) Demolombe, *op. cit.*, n° 124.

Aucune comparaison ne pouvait, par ailleurs, s'établir entre cette libéralité qui donnait immédiatement à chaque légataire, tant nu propriétaire qu'usufruitier, le pouvoir absolu de disposer de son droit (pouvoir exclusif de la charge de conserver et de rendre), et le legs affecté d'une condition résolutoire dont l'objet devait, jusqu'au décès du premier gratifié, se conserver intact entre ses mains, si nous supposons une condition de nature à ne se réaliser qu'à ce moment.

Aussi, n'est-ce pas la seule disposition de l'article 899, qui a permis à la jurisprudence d'adopter, relativement au double legs conditionnel, des principes tout différents de ceux qu'elle avait posés antérieurement, mais une combinaison de l'article 899 et de l'article 1040 que nous devons maintenant étudier.

Legs conditionnel de nue propriété et d'usufruit

Le testateur qui, nous l'avons constaté, a la faculté d'affecter de conditions résolutoire et suspensive un legs de pleine propriété, peut aussi affecter des mêmes conditions un simple legs de nue propriété.

Sa libéralité se décomposera donc ainsi : *un legs pur et simple d'usufruit* qui, dès la mort du disposant, investira de la jouissance des biens le légataire gratifié, sous la seule condition qu'il soit, à ce moment, apte à la recueillir. — *Un legs de nue propriété* en faveur de l'usufruitier ou d'un tiers, ce legs affecté, soit de conditions résolutoire et suspensive, soit d'une double condition suspensive.

Précisons par quelques exemples ces différentes situations que nous retrouverons dans les espèces pratiques.

Le testateur, après avoir légué l'usufruit à Pierre, lui fait, en même temps, un legs de nue propriété sous la condition résolutoire de sa mort sans enfants ; et au cas où cette résolution se produirait, il appelle Paul à recevoir cette nue propriété : Paul se trouve donc institué sous condition suspensive.

Autre hypothèse : *Après le même legs d'usufruit, le testateur ne lègue la nue propriété à Pierre que pour le cas où il laisserait des enfants à son décès, et, s'il n'en a pas, il veut que ce soit Paul qui en soit le bénéficiaire :* Pierre et Paul sont donc institués tous les deux sous double condition suspensive inverse, le premier qu'il décédera en laissant une postérité, le second (son colégataire) qu'il mourra sans enfants. Jusqu'à

la réalisation de la condition, cette nue propriété demeure dans l'hérédité.

Nouvelle hypothèse : *Après le même legs d'usufruit, le testateur appelle Jacques à recueillir la nue propriété sous la condition résolutoire de sa mort sans enfants, et, dans ce cas, c'est l'usufruitier lui-même qu'il institue sous condition suspensive.*

Ces différentes hypothèses ne sont que des combinaisons des articles 899 et 1040 : l'article 899 permet de donner l'usufruit à l'un et la nue propriété à l'autre, sans distinguer si la disposition est pure et simple ou conditionnelle.

Aucun doute n'aurait pu s'élever sur leur validité, si l'on n'avait été frappé de leur étroite affinité avec le double legs sous conditions résolutoire et suspensive, dont la jurisprudence a toujours admis la nullité.

Que le testateur dise : *Je lègue mes biens à Pierre sous la condition que mon legs sera résolu si Pierre n'a pas d'enfants et dans ce cas, je lègue ces biens à Paul ;* ou : *Je donne à Pierre la jouissance de ces biens, mais je ne lui donne la nue propriété que s'il a des enfants à son décès et, s'il n'en a pas, c'est Paul qui sera propriétaire*, n'est-ce pas en réalité aboutir à un résultat absolument identique ?

Est-ce que, par le fait de l'apposition de la

condition qui menace le legs d'une résolution, le légataire conditionnel ne se trouve pas dans la situation d'un usufruitier appelé éventuellement à recueillir la nue propriété? Jusqu'à l'arrivée de la condition qui consolidera son droit entre ses mains, il ne peut, comme l'usufruitier, que jouir des biens légués sans avoir la faculté d'en disposer efficacement.

Quel est, d'autre part, l'effet de la résolution du legs de la pleine propriété attribuée conditionnellement à Pierre? Ce sera de le priver à l'avenir du droit qui lui avait été concédé.

Mais, si nous nous rappelons que la condition apposée par le testateur est de nature à ne se vérifier qu'à son décès, que la résolution n'est possible qu'à ce moment là seulement, nous arriverons à cette conclusion que, *pendant toute sa vie*, Pierre aura conservé son droit de jouissance. Ce n'est que s'il décède sans enfants, qu'il se trouvera, *à sa mort*, définitivement déchu de l'espoir qu'il pouvait avoir de devenir propriétaire.

N'est-ce pas aussi la situation de l'usufruitier, appelé éventuellement à devenir plein et entier propriétaire par l'accession de la nue propriété à son usufruit et qui, lui aussi, après avoir eu la jouissance des biens légués, perd, à sa mort, s'il ne réalise pas la condition, le droit auquel il pouvait prétendre?

Et, puisque la jurisprudence admet la nullité du legs de pleine propriété affecté d'une condition résolutoire, parce qu'elle y voit une substitution prohibée, ne doit-elle pas, par assimilation, conclure à la même nullité de cette disposition conditionnelle en usufruit?

C'est le résultat contraire qui s'est produit.

La jurisprudence a reconnu la validité de ces dispositions formées de la combinaison des articles 899 et 1040. Elle ne pouvait pas raisonnablement maintenir la prohibition du legs affecté d'une condition résolutoire, quand, par une simple transposition de termes, le testateur pouvait arriver plus efficacement à une même expression de sa volonté.

Elle le fit d'autant moins que les dangers politiques et sociaux de la substitution apparaissaient comme de plus en plus illusoires, à mesure que l'on s'éloignait davantage de l'Ancien Régime et que l'on ne connaissait plus les abus qui en avaient justifié la condamnation.

Lorsqu'on suit le mouvement de la jurisprudence en faveur de ces dispositions conditionnelles en nue propriété et en usufruit, le revirement que la Cour de cassation opéra en 1873, relativement aux legs conditionnels, se trouve parfaitement expliqué : leur étude servira donc de transition naturelle entre la première et la seconde partie de notre étude jurisprudentielle.

C'est en 1835 que la Cour de cassation consacra, pour la première fois, la validité du legs d'usufruit joint à un legs de nue propriété en faveur de l'usufruitier appelé *sous condition suspensive*.

Voici l'espèce sur laquelle la Cour eut à se prononcer : *M. Piédelièvre avait légué à la demoiselle Ozeraie l'usufruit de tous ses immeubles, ajoutant : « Dans le cas où ladite viendrait à se marier ou à laisser, lors de son décès, un ou plusieurs enfants légitimes, les biens que je viens de lui léguer en usufruit deviendront, dans ce cas seulement, sa propriété exclusive, sans que mes héritiers présomptifs puissent rien y prétendre.* »

Les héritiers attaquèrent la disposition, se prétendant dans l'obligation *de conserver* jusqu'à la mort de la légataire la nue propriété des immeubles, afin de la *rendre* aux enfants de cette dernière. Une telle disposition constituait, d'après eux, une substitution prohibée par l'article 896.

La Cour de Rouen (1) refusa de consacrer leur prétention.

Pour qu'il y ait une substitution fidéicommissaire, dit l'arrêt « il faut une première transmission à un individu chargé de recueillir avec obligation de rendre ; une seconde transmission

(1) Rouen, 22 février 1834 ; S., 1836, I, 44.

sur la tête d'un tiers, un trait de temps et la vocation de deux individus pour recueillir l'un après l'autre ». La Cour est obligée de reconnaître que, dans l'espèce, « on ne trouve nulle part la saisine actuelle accordée *hic et nunc* à la demoiselle Ozeraie, ni la charge de conserver et de rendre ; que, seulement si elle se marie et si elle laisse, lors de son décès, des enfants légitimes, alors les biens légués à elle en usufruit, et dans ce cas seulement, deviendront sa propriété exclusive ».

Ce qui paraît donc avoir décidé la Cour de Rouen à admettre la validité de la disposition, c'est ce fait que l'usufruitière n'est appelée que sous condition suspensive à recueillir la nue propriété ; que la saisine ne lui est pas donnée au décès du testateur ; qu'elle ne doit l'obtenir que si la condition se réalise à son profit, toutes constatations de fait bien exclusives d'une obligation, à la charge de la légataire, de conserver et de rendre et par conséquent, de l'existence d'une substitution.

Mais, ne semble-t-il pas, et c'est sur un argument *a contrario* que s'appuie ce raisonnement, que la Cour de Rouen aurait reconnu comme exactes les prétentions des héritiers, si la légataire avait été investie, en même temps que de l'usufruit des choses, de leur nue propriété, et ce, malgré l'éven-

tualité de la résolution du legs de nue propriété ?

N'auraient-ils obtenu gain de cause, non pour les motifs exposés dans leur pourvoi, mais pour cette raison que la légataire instituée se serait vue dans l'obligation de conserver et de rendre, à son décès, les biens légués, ce qui, pour la Cour de Rouen, suivant sur ce point la jurisprudence établie par la Cour de cassation sur le double legs conditionnel, est caractérisque de la substitution ?

Les considérants mêmes de l'arrêt de la Cour paraissent logiquement imposer une réponse affirmative.

Il est d'autant plus intéressant de le constater que, ni la Cour de cassation, ni les Cours d'appel, en présence d'un legs conditionnel d'usufruit et de nue propriété n'ont jamais consacré expressément une telle théorie dont la déduction permet cependant de reconnaître l'existence dans cet arrêt de 1834.

La Cour de cassation (1) rejeta le pourvoi formé par les héritiers contre l'arrêt de Rouen, par ce seul motif que le testateur n'avait pas imposé à sa légataire la charge de conserver et de rendre ; « soit que la condition arrive ou non, la succession du défunt ne pourra jamais être dévolue à deux degrés d'héritiers, *ordine successivo* ».

(1) Cass., 17 juin 1835 ; S., 1836, I, 44.

Si les héritiers, simples détenteurs précaires de la nue propriété jusqu'à l'arrivée de la condition, peuvent être, il est vrai, le cas échéant, tenus de la transmettre à la légataire, cette obligation n'établit pourtant aucun ordre successif entre eux et la légataire.

Ce n'est pas, en effet, *au décès des héritiers* que devra s'opérer cette restitution (ce qui pourrait faire hésiter sur le point de savoir s'il y a ou non substitution), mais *à la réalisation de la condition* par cette légataire ; et l'effet rétroactif de la condition, dont la jurisprudence n'a jamais refusé de faire l'application là où elle ne reconnaissait pas l'existence d'une substitution, reportera fictivement l'ouverture de son droit au jour du décès du testateur, duquel elle sera censée le tenir directement et sans intermédiaire.

Dans une espèce analogue, la jurisprudence affirma, avec une précision plus grande encore et des motifs plus caractéristiques, la validité du legs d'usufruit et du legs de nue propriété *sous double condition suspensive*.

Les décisions, que nous allons citer, tiennent une place considérable dans l'étude de notre évolution et nous pouvons dire qu'après elles, le principe de la nullité du legs de pleine propriété affecté d'une condition résolutoire se trouvait déjà ébranlé.

La clause testamentaire était ainsi rédigée : *Je lègue à X... l'usufruit de mes biens, et la nue propriété de ces mêmes biens, si elle se marie avant 36 ans et si elle a des enfants pour lui succéder; sinon, la nue propriété reviendra à l'hospice de Condom.* La nue propriété, jusqu'à l'arrivée de la condition, demeurait donc dans la succession.

Le tribunal de Condom (1), par un jugement dont l'importance ne saurait être assez remarquée, se prononça en faveur de la pleine validité de la disposition dans laquelle il vit une substitution vulgaire : par la rédaction même de la clause dont s'agit, il est évident, dit-il, que le testateur s'est placé en regard même de la prohibition de l'article 896 et, pour exprimer explicitement sa volonté de ne pas contrevenir à cette prohibition, il précise qu'il n'institue qu'un seul héritier, et, s'il en institue deux, c'est pour recueillir l'un à défaut de l'autre, ce qui constitue seulement une substitution vulgaire qui n'est pas prohibée. — Le tribunal ajoute, et c'est la partie capitale de son jugement, qu' « en disposant de la sorte, le testateur a usé de la *faculté que lui laisse la loi* d'assortir son legs de conditions suspensive et résolutoire et, en léguant la nue propriété de

(1) Tribunal de Condom, 2 février 1867 ; S., 1869, II, 355.

ses biens à l'hospice de Condom, *il n'a pas plus créé de substitution que s'il eut légué les mêmes biens à l'hospice sous une condition résolutoire pour le cas où les enfants ne survivraient pas à X...* »

Le Tribunal de Condom, en déclarant valable le legs d'usufruit et de nue propriété qui, seul, était soumis à son appréciation, se conforme à toute la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation et notamment à son arrêt de 1835.

Sa décision, par certains de ses motifs, constitue pourtant dans notre histoire un élément important d'évolution et prépare le revirement que la Cour de cassation effectuera en 1873 sur le legs de pleine propriété affecté d'une condition résolutoire.

N'est-elle pas la première à en affirmer incidemment la validité et à établir l'analogie qu'il présente avec une autre libéralité permettant au testateur d'atteindre le même but et dont l'efficacité ne fut cependant jamais contestée?

Depuis le début du XIX^e^ siècle, la jurisprudence adoptait dans l'appréciation de ces dispositions conditionnelles qui lui étaient soumises, deux théories différentes dont elle faisait une *application parallèle:* seul le legs de pleine propriété affecté d'une condition résolutoire tombait sous le coup de la nullité de l'article 896 ; seul, en effet,

toujours d'après la jurisprudence, il présentait les caractères de la substitution.

Le jugement du Tribunal de Condom, en affirmant, ce que la simple analyse des faits suffit à vérifier, indépendamment même de toute construction juridique, que pas plus dans un cas que dans l'autre il n'y a de substitution, se trouve être le premier trait d'union de ces deux théories. Il évoque, sans la préciser encore, cette idée qui, par la suite, se fortifiera d'arguments de droit et s'imposera à l'esprit du juge, qu'il n'y a pas lieu de sanctionner différemment deux dispositions identiques dans leurs résultats et entre lesquelles le testateur peut librement choisir pour une plus complète expression de sa volonté.

De là, à poser directement le principe que le legs de pleine propriété affecté d'une condition résolutoire ne tombe pas sous le coup de l'application de l'article 896, il n'y a qu'un pas : la jurisprudence le franchira définitivement en 1873.

La Cour d'appel d'Agen (1) confirma le jugement du Tribunal de Condom, sans reconnaître toutefois dans la clause attaquée l'existence d'une substitution vulgaire : l'empire de cette substitution ne peut s'étendre, en effet, à une époque postérieure à l'ouverture de la succession.

(1) Agen, 25 mars 1868 ; S., 1869, I, 355.

Ici, sans doute, comme dans l'hypothèse prévue par l'article 898, le testateur institue deux légataires, « l'un ne devant recueillir ses biens qu'à défaut de l'autre ; » et cette vocation alternative suffit à ruiner toute comparaison avec la substitution fidéicommissaire.

Mais, à la différence de notre disposition qui laisse planer jusqu'à la réalisation de la condition une fâcheuse incertitude sur l'attribution des biens du défunt, la substitution vulgaire fixe et arrête définitivement, dès l'ouverture de la succession, les droits successoraux sur la tête de celui des deux légataires qui possède à ce moment l'aptitude à les recueillir.

La Cour d'Agen a admis la validité de notre double legs d'usufruit et de nue propriété par ce motif beaucoup plus juridique, « que le testateur n'a fait qu'une seule institution et, s'il en a fait deux, étant l'une et l'autre assorties de conditions suspensives, et ne pouvant ni concourir ni se succéder, l'accomplissemeut de la condition se réalisant au profit de l'un des institués, il en résulte que les droits de l'autre n'ont jamais existé ; qu'une seule institution est inconciliable avec la charge de conserver et de rendre et avec l'existence d'une substitution prohibée ».

Nous avons déjà montré, et nous ne revenons

pas sur ce point, que l'obligation à la charge des héritiers naturels de restituer les biens légués à celui des deux légataires qui aura satisfait aux conditions imposées par le testateur ne pouvait être constitutive de l'ordre successif.

La Cour de cassation (1) rejeta purement et simplement le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'Agen, affirmant ainsi une fois de plus pour des motifs que sa jurisprudence antérieure ne pouvait répudier, l'efficacité du *legs d'usufruit et de nue propriété affecté de deux conditions suspensives.*

Cette disposition conditionnelle, incontestablement valable, avait introduit dans la jurisprudence une idée nouvelle dont nous avons trouvé l'expression dans le jugement du tribunal de Condom : cette idée, c'est qu'entre cette disposition et le legs de pleine propriété affecté d'une condition résolutoire, il existe, en les envisageant au simple point de vue du fait, beaucoup plus qu'une ressemblance, une véritable identité.

Nous avons montré comment, peu à peu, devait s'imposer à l'esprit du juge la conclusion de la

(1) Cass., Req., 8 février 1869 ; S., 69, I, 355.
Voir dans le même sens Cass., 20 avril 1885 ; S., 85, I, 440. Cass., 18 décembre 1900 ; D., 1900, I, 121 ; Cass., 18 décembre 1901 ; S., 1905, I, 347.

nécessité d'une sanction commune : il fallait en bonne logique finir par admettre la validité du legs affecté d'une condition résolutoire (1).

Où la jurisprudence trouva-t-elle le nouvel élément de droit qui devait lui permettre d'opérer cette révolution ?

Sous quelles influences les arrêts firent-ils application à cette hypothèse du principe de *l'effet rétroactif de la condition*, principe qui, en reportant fictivement au décès du testateur l'ouverture du droit du second légataire institué, efface la possession de fait du premier légataire, et anéantit ainsi l'ordre successif, caractéristique de la substitution ?

Cette œuvre fut réalisée sous l'influence des solutions admises par la jurisprudence elle-même dans l'appréciation d'une nouvelle combinaison des articles 1040 et 899 : nous voulons parler *du legs pur et simple d'usufruit et du legs de nue propriété affecté d'une condition résolutoire.*

Ici, le légataire se trouve investi, dès le décès du testateur, de l'usufruit et de la nue propriété : sa situation serait donc celle d'un véritable et parfait propriétaire, sur la tête duquel sont immédiatement réunis les deux éléments de la pleine

(1) Vide supra, p. 56 et sq.

propriété, si le testateur ne lui avait concédé, jusqu'à la réalisation de la condition, une nue propriété essentiellement précaire et résoluble. Il n'a de certain que son *usufruit*, dont il garde, sa vie durant, une jouissance incontestable. Quant à *la nue propriété*, sur laquelle il ne possède immédiatement aucun droit définitif, il se trouve, par le fait même de la disposition testamentaire, dans l'obligation de la conserver : et suivant que la condition imposée se réalisera ou non, cette nue propriété se consolidera entre ses propres mains pour se réunir à l'usufruit ou, au contraire, tombera dans le patrimoine de celui que ce testateur a institué sous condition suspensive pour la recueillir.

Mais, n'est-ce pas là une situation absolument identique à celle que crée le legs de pleine propriété affecté d'une condition résolutoire, de nature à ne se réaliser qu'au décès du légataire, comme serait par exemple, celle de sa mort sans enfants ?

Dans les deux hypothèses, chaque légataire ne peut-il pas, en fait, jusqu'à la réalisation de la condition, ne bénéficier pleinement que de la jouissance des biens, l'un en vertu de son titre même d'usufruitier et parce que l'incertitude dans l'attribution définitive de la nue propriété, sujette entre ses mains à une résolution éventuelle, ne lui permet pas d'en disposer ; l'autre parce que

sa propriété, affectée de la même modalité, ne lui donne malgré les apparences, aucun droit plus assuré et plus étendu que celui de cet usufruitier?

Leur droit de jouissance aura, pour eux, même durée, celle de leur vie, puisqu'ils le conservent, à l'exclusion du pouvoir de disposer qui ne peut leur appartenir de leur vivant, jusqu'au moment où l'on sera fixé sur le sort de la propriété et que ce moment doit coïncider avec celui de leur décès.

Si la condition résolutoire vient à se réaliser, si tous deux décèdent sans enfants, ils auront l'un et l'autre à effectuer une même restitution.

La jurisprudence, nous l'avons constaté à maintes reprises, considère la charge imposée au légataire de la pleine propriété de conserver les biens et de les rendre à son décès, comme constitutive de la substitution.

Restera-t-elle, dans l'hypothèse que nous envisageons, fidèle à son principe rigoureux de l'application de l'article 896?

Dès 1809, la Cour d'appel de Bruxelles eut à se prononcer sur la validité d'une clause testamentaire ainsi rédigée: « *Je lègue à X... la moitié de tous mes biens; mais au cas où Y... ma fille viendrait à son âge de majorité, le legs ci-dessus fait de la propriété de la moitié de mes biens sera con-*

verti en simple usufruit et la propriété en appartiendra à ma fille. »

Cette disposition était bien une combinaison des articles 899 et 1040. On pouvait, en effet, la traduire en ces termes : l'institué X... recueillera l'usufruit et la nue propriété. Si mon enfant Y... atteint sa majorité, il devra lui restituer cette nue propriété ; dans ce cas, je ne lui laisse donc que mon usufruit.

Le tribunal de Nivelles (1) prononça la nullité par ce motif qu' « il y avait lieu d'attendre l'événement de la condition, c'est à dire l'âge de la majorité de Y... et que la propriété devait pendant ce temps reposer sur la tête de la première personne qualifiée, pour retomber ensuite sur celle de la seconde. »

C'était par suite d'une erreur manifeste d'interprétation que le tribunal constatait dans la clause attaquée l'existence d'une substitution prohibée : la restitution devait, en effet, s'opérer, non pas au décès du premier légataire gratifié qui aurait ainsi pu jouer le rôle de grevé, mais *à la réalisation d'une condition parfaitement licite : le fait pour un tiers d'arriver à sa majorité.* Toute confusion avec une substitution paraissait donc impossible.

(1) Tribunal de Nivelles, 10 janvier 1809 ; D., J., G., v° Subst. n° 316.

Peut-être, cette décision, si l'on se rappelle qu'elle date de 1809, trouve-t-elle, sinon sa justification en droit, du moins son explication en fait, dans l'esprit de réaction à outrance contre les institutions de l'Ancien Régime, dont nous avons eu déjà l'occasion de constater l'influence.

Beaucoup plus juridiquement, la Cour d'appel de Bruxelles (1) admit la validité de la clause : « Le testament, dit-elle, contient en réalité deux dispositions distinctes, soumises toutes deux à une même condition, savoir l'avènement de la fille de la testatrice à la majorité : la première, par laquelle le legs fait à l'appelante de la moitié de la succession de la testatrice est révoqué ; et la deuxième, par laquelle il lui est fait un nouveau legs de l'usufruit de cette moitié, dont la propriété est en même temps laissée à la fille de la testatrice. »

La Cour elle même, on le voit, évite de se prononcer sur le point de savoir si la restitution imposée par le testateur n'est pas constitutive d'une substitution. Elle tourne la difficulté et se contente de décomposer le legs en deux dispositions distinctes dont les bénéficiaires tiennent tous immédiatement leurs droits du testateur, sans être chargés d'aucune obligation l'un envers l'autre.

(1) Bruxelles, 13 décembre 1809, D., J., G., v° Subst, n° 136.

La validité directe d'une telle disposition conditionnelle n'aurait pourtant été en contradiction ni avec le texte, ni avec l'esprit de l'article 896, non plus qu'avec les solutions consacrées par la jurisprudence elle-même dans les legs de pleine propriété affectés d'une semblable condition.

Lorsque la résolution de la nue propriété est de nature à ne se réaliser qu'*au décès du légataire qui en est investi*, nous allons, au contraire, voir la Cour de cassation poser un principe tout différent de celui qu'elle admet dans l'hypothèse parallèle.

Dès 1816 (1), elle déclare qu'il n'y a pas de substitution prohibée, mais simple condition permise, dans la disposition par laquelle *un testateur lègue à un tiers une portion de sa succession au cas de décès de ses filles sans enfants et sous la réserve d'usufruit au profit de ces dernières.*

Le testateur avait disposé au profit de ces filles et de l'usufruit et de la nue propriété de ses biens. Il les chargeait de restituer à un tiers partie de cette nue propriété, au cas où elles viendraient à mourir sans enfants. *Cette restitution ne pouvait donc s'opérer qu'à leur décès.*

L'arrêt admet la validité de cette disposition,

(1) Cass., 14 mai 1816 ; D., J., G., v° Subst., n° 125, note 2.

la déclarant, sans autres motifs (et il est regrettable que sur ce point la Cour n'ait été plus explicite), « conforme à l'Ordonnance de 1747 et notamment à son article 19 (1) et en parfaite harmonie avec les articles 897, 898 et 899 du Code civil ».

Ce n'est qu'en 1855, et dans une espèce restée justement célèbre, que la Cour de cassation renversa de fond en comble la théorie qu'elle avait construite sur la nullité du legs affecté d'une condition résolutoire : pour la première fois, en consacrant pratiquement le principe *de l'effet rétroactif de la condition*, elle abandonne par là même le criterium de l'époque de la restitution qu'elle considérait jusqu'ici comme caractéristique de la substitution fidéicommissaire. — Nous reproduisons textuellement cette espèce, avec les interprétations dont elle fut l'objet de la part du tribunal de première instance, et ensuite de la Cour d'Angers et de la Cour de cassation : dans

(1) Art 19 de l'ordonnance d'août 1747, de d'Aguesseau. « Les enfants qui ne seront point appelés expressément à la substitution, mais qui seront seulement mis dans la condition, sans être chargés de restituer à d'autres, ne seront en aucun cas regardés comme étant dans la disposition, encore qu'ils soient dans la condition en qualité de mâles, que la condition soit redoublée, que le grevé soit obligé de porter les nom et armes de l'auteur de la substitution ou qu'il se trouve des conjectures tirees d'autres circonstances, telles que la noblesse et la coutume de la famille, ou la qualité et la valeur des biens substitués, ou autres présomptions, à toutes lesquelles nous défendons d'avoir aucun égard, à peine de nullité. »

son ensemble, elle présente la théorie du double legs conditionnel.

Le testament était ainsi conçu : *Dans le cas où mon petit-fils Emmanuel Lézé mourrait sans postérité, je veux qu'il soit réputé n'avoir recueilli qu'en usufruit sur sa tête la moitié de ma succession. Dans le même cas, je lègue la propriété de cette moitié sous condition suspensive à mes neveux et nièces qui les recueilleront par souche. — Si un ou plusieurs de mes neveux et nièces mouraient avant moi, laissant de la postérité, j'appelle celle-ci à prendre la place de ses père et mère. — Il en résulte que mon petit-fils ne possédera la moitié de ma succession que sous condition résolutoire, savoir, qu'il laissera, en mourant, de la postérité.*

Le Tribunal civil d'Angers, fidèle au principe traditionnel, prononce la nullité de la disposition : « Attendu qu'il résulte du testament litigieux que la testatrice a entendu conserver au premier rang dans sa succession l'héritier appelé par la loi et la faire passer ensuite à ses neveux et nièces pour le cas où cet héritier décéderait sans postérité ; qu'une semblable disposition réunit tous les caractères de la substitution fidéicommissaire, à savoir : 1° un héritier qui devra remettre à un tiers une partie de l'héritage ; 2° un laps de temps qui rendra successives deux transmissions de biens ;

3° l'ouverture, au décès du grevé, du droit stipulé au profit des appelés. »

La Cour impériale d'Angers (1), par arrêt du 19 juillet 1834, infirmait ce jugement par ce motif que « le testament renfermait deux legs distincts, l'un d'usufruit au profit du petit-fils de la testatrice, l'autre de nue propriété au profit de ses neveux et nièces. Si ces legs sont conditionnels, le sieur Lézé ne devant être réduit à un simple usufruit que pour le cas où il décéderait sans postérité, et dès lors, le legs fait aux autres membres de la famille étant subordonné à l'avènement de la même condition, chacun des deux légataires ne s'en était pas moins trouvé saisi de la chose léguée dès le jour de la succession. »

Grâce à l'effet rétroactif de la condition, on ne trouve donc pas dans le testament là « double transmission successive qui forme le caractère distinctif et essentiel de la substitution ».

La Cour de cassation (2) reproduisit cette doctrine en ces termes : « Attendu qu'il appartient à la Cour de cassation, en toute question de donation attaquée comme contenant une substitution prohibée, de rechercher si, d'après les termes de l'institution et les volontés exprimées par le testa-

(1) Angers, 19 juillet 1854 ; S., 1856, I, 607.
(2) Cass., 30 avril 1855 ; S., 1856, I, 607.

teur, l'acte attaqué contient ou non une libéralité prohibée par la loi.

« Attendu que la clause testamentaire dont il s'agit peut être interprétée comme contenant deux dispositions conditionnelles distinctes, l'une en usufruit, l'autre en nue propriété ; que la condition, si elle se réalise *du vivant de la testatrice*, aura cet effet que le premier donataire n'aura jamais rien reçu et que la disposition testamentaire ne contiendra qu'une substitution vulgaire ; qu'en admettant que la condition ne vienne à se réaliser qu'*après le décès de la testatrice*, on doit reconnaître encore que les neveux et nièces de la testatrice ne recevront pas le bien seulement au décès du petit-fils, mais, *directement, du vivant même de la testatrice* qui leur en transmet elle-même la nue propriété par l'effet de sa volonté ; qu'ainsi, en décidant que la disposition testamentaire dont il s'agit, ne contenait qu'une libéralité conditionnelle, qui pouvait se résoudre à l'égard du petit-fils en une simple donation d'usufruit et en décidant qu'elle ne contenait ni l'obligation de conserver et de rendre, ni substitution, l'arrêt n'a pas violé la disposition de l'article 896 du Code civil ; il n'a fait qu'une saine application de la loi. »

La Cour de cassation analyse très-complètement les différentes situations qui peuvent se présenter.

Si la condition se réalise *du vivant de la testatrice*, si le petit-fils vient à prédécéder sans postérité, celui-ci n'aura jamais rien reçu, ni usufruit, ni nue propriété : le legs à lui fait devient caduc et tombe, en vertu d'une substitution vulgaire, dans le patrimoine des neveux et nièces.

Si la condition ne se réalise qu'après le décès de la testatrice, que va-t-il se passer ?

Après avoir été légataire de l'usufruit qu'il aura recueilli effectivement au jour de l'ouverture de la succession, le petit-fils perdra définitivement son droit à la nue propriété ; il n'a, pas en effet, rempli la condition qui seule pouvait la consolider sur sa tête. En même temps, disparaît son droit d'usufruit, puisque c'est à son décès que s'opère cette résolution. — Mais ce qui était condition résolutoire pour le petit-fils se trouve être condition suspensive pour les neveux et nièces : ceux-ci viendront donc à l'hérédité directement, leur droit rétroagissant au jour du décès de la testatrice qui leur transmet elle-même la propriété de ses biens par l'effet de sa volonté. — Cela exclut bien la substitution.

La grande innovation de cet arrêt fut d'affirmer *l'effet rétroactif de la condition*, et d'en déduire toutes les conséquences qu'il comporte, dans une hypothèse où la Cour de cassation ne pouvait en

faire application sans rompre avec sa jurisprudence antérieure.

Pour la première fois, en notre espèce, la Cour fait brèche à ses rigoureux principes : le petit-fils d'Emmanuel Lézé devait conserver la moitié des biens légués et les restituer à d'autres, au jour de son décès, s'il n'avait alors aucun enfant pour lui succéder : la substitution disparaît néanmoins, puisque l'effet rétroactif de la condition est de reporter fictivement l'ouverture du droit des seconds institués au décès du testateur.

Ainsi se trouvent anéantis, malgré la réalité du fait, la possession de l'intermédiaire, l'obligation de conserver et de rendre qui lui incombait et l'ordre successif.

Dira-t-on que le reproche que nous adressons à la Cour de cassation de ne pas être logique avec elle-même n'est pas fondé ? Ne s'agit-il pas, en effet, uniquement d'un legs d'usufruit et de nue propriété, et n'est-ce pas dans la seule hypothèse du legs conditionnel de pleine propriété que la Cour fait l'application de la sanction de l'article 896 ? Pourquoi ne pas admettre la possibilité pour elle de traiter différemment deux formes distinctes de libéralités ?

Nous avons répondu par avance à l'objection en établissant qu'il existe au fond entre ces deux dispositions conditionnelles une réelle

identité. Le testateur peut arriver par l'une ou l'autre de ces voies à un résultat semblable : son habileté, qui fut dans l'espèce d'expliquer juridiquement sa volonté, ne doit pas motiver une différence dans la solution. « Une sorte de stratagème ou d'habileté stratégique, dit M. Labbé, ne peut pas être une cause de succès devant la justice (1). »

Le principe, posé en 1855, de l'effet rétroactif de la condition résolutoire devait peu à peu pénétrer dans la théorie parallèle : cette infiltration ne se fit pourtant que très lentement.

On était en droit d'espérer que l'interprétation acceptée par la Cour de cassation fonderait une jurisprudence durable.

On pouvait croire que les tribunaux, s'appropriant le raisonnement du testateur de 1855, se montreraient moins sévères pour la validité des legs conditionnels, en décomposant eux-mêmes la pensée, l'intention de celui qui avait légué, étayant de leur science une volonté mal exprimée.

Durant encore vingt années, et les nombreuses décisions que nous avons analysées nous en ont permis de le constater, *le legs de pleine propriété affecté d'une condition résolutoire* tomba sous le

(1) Sous l'arrêt du 19 mars 1873 (S., 1874, I, 5), note, § 5.

coup de la nullité de l'article 896, tandis qu'un traitement de faveur était réservé à toutes les dispositions conditionnelles en usufruit. Les deux théories, si voisines pourtant, se côtoient, sans se réunir dans une solution commune.

En 1870, un arrêt de la Cour de Paris prépare très immédiatement le revirement qui devait s'opérer quelques années plus tard, en assimilant une telle libéralité à la disposition en usufruit, validée en 1855. A ce titre, cet arrêt tient une place importante dans notre étude : il marque la dernière étape que la jurisprudence doit avoir à franchir avant d'arriver à l'affirmation directe du principe de la validité de ces legs conditionnels.

Le testament instituait pour légataires universels plusieurs mineurs avec cette clause que la part de ceux qui mourraient sans avoir contracté mariage accroîtrait aux survivants. En d'autres termes, chacun des légataires mineurs se trouvait dans l'obligation de conserver sa part des biens successoraux jusqu'au jour de son mariage, et cette obligation *pouvait* se prolonger pour lui jusqu'au jour sa mort, puisque la loi ne fixe pas d'âge au delà duquel il n'est plus permis de contracter une union.

La Cour de Paris (1), suivant en cela l'exemple du testateur de 1855, analyse et décompose

(1) Paris, 9 juillet 1870 ; S., 1871, II, 69.

cette libéralité pour pouvoir en admettre plus facilement la validité : d'après elle, il ressort de la combinaison des clauses du testament la preuve que le testateur a prévu deux hypothèses distinctes, à savoir, celle où les quatre enfants mineurs se marieraient et celle où l'un ou plusieurs d'entre eux décéderaient sans avoir contracté mariage ; dans le premier cas, il les a institués ses légataires universels en toute propriété ; dans le deuxième, il a réduit celui ou ceux qui ne parviendraient pas à se marier à un simple legs d'usufruit (voilà la décomposition) en donnant aux survivants la part à laquelle auraient eu droit les prédécédés, si la première hypothèse prévue s'était réalisée ; aucun légataire ne se trouve donc grevé de la charge de conserver et de rendre et l'on ne rencontre pas dans la disposition l'ordre successif interdit par la loi.

Comme l'avait affirmé l'arrêt de 1855, la Cour de Paris ajoute qu'il importe peu que la condition imposée ne puisse s'accomplir qu'après son décès ; même dans ce cas, on doit reconnaître que les enfants survivants ne recueilleront pas de la succession et à la mort de leurs frères prédécédés les biens auxquels ceux-ci auraient eu droit, s'ils étaient parvenus à leur majorité ; ils recevront ces biens directement du testateur lui-même qui leur en transmet la nue propriété par l'effet de

sa volonté, à compter du jour de son décès.

Les héritiers naturels se pourvurent en cassation contre l'arrêt de Paris, invoquant la jurisprudence antérieure de la Cour suprême, lorsque, comme dans l'espèce, une disposition est faite au profit de plusieurs personnes, avec réversibilité des biens au profit des survivants : les prédécédés n'ont-ils pas, en réalité, été grevés de l'obligation de conserver et de rendre, à leur mort, les biens légués?

La Cour de cassation (1) reconnut elle-même la parfaite exactitude de l'analyse juridique à laquelle s'était livrée la Cour de Paris et rejeta le pourvoi qui lui était soumis par ce motif « que rien dans le testament ne contredisait cette interprétation ; il en résultait au contraire une double disposition, l'une embrassant tous les légataires institués avec assignation de parts et droit éventuel d'accroissement ; l'autre s'appliquant individuellement à chacun d'eux sous la condition qui y est apposée ; mais dans tous les cas, soit que la condition vienne à défaillir ou à se réaliser, les légataires recueilleront ou seront censés recueillir la nue propriété des biens légués directement et par l'effet d'une transmission unique et sans le secours d'aucun possesseur intermédiaire chargé de conserver et de rendre ».

(1) Cass., 19 mars 1873 ; S., 74, I, 5. Voir aussi Cass., 29 juillet 1873 ; S., 74, I, 5.

II

La jurisprudence, depuis 1873

En présence de telles décisions, la Cour de cassation ne pouvait plus maintenir son principe de la nullité des legs conditionnels résolubles.

Le testateur n'avait-il pas, depuis l'arrêt de 1855, le moyen certain d'en éluder l'application et d'arriver à une parfaite exécution de sa volonté? Et devait-on faire dépendre le sort d'une clause testamentaire de la plus ou moins grande habileté de son rédacteur ?

D'autre part, la jurisprudence, ne devait-elle pas, sans tomber dans l'arbitraire, assimiler, comme elle l'avait fait en 1870 et 1873, tous les legs affectés d'une condition résolutoire à la libéralité en usufruit qu'elle validait sans contestation ?

Pourquoi même ne pas leur appliquer directement le principe général de l'effet rétroactif de la condition qu'aucun texte ne restreint à telle ou à telle hypothèse, sans avoir recours à une interprétation aussi compliquée ?

C'est cette dernière solution qui prévalut.

Par deux arrêts successifs, la Cour de cassation affirma, pour la première fois en 1873, la pleine et entière validité du *legs affecté d'une condition résolutoire, alors même que cette condition ne peut se réaliser qu'au décès du légataire*. Elle le reconnaissait donc distinct de la substitution fidéicommissaire.

Un testateur avait institué ses deux nièces légataires universelles, *à la condition qu'elles atteindraient leur majorité ou que l'une d'elles atteindrait sa majorité. Si l'une ou l'autre venait à mourir sans enfants, le legs devait profiter aux héritiers naturels.*

D'après la Cour de Lyon (1), c'était une substitution : le testateur obligeait, en effet, ses deux nièces à conserver les biens légués jusqu'à survenance d'enfants, et, éventuellement, à les rendre, si elles venaient à mourir sans postérité.

La Cour de cassation (2) admit, au contraire, l'inapplicabilité de l'article 896, par ce motif que l'on ne rencontrait pas dans l'espèce la double transmission successive, caractéristique de la substitution. La clause ne renfermait « qu'un seul et même legs purement conditionnel et subordonné à une éventualité incertaine dont l'accom-

(1) Lyon, 3 mars 1874; S., 74, II, 150.
(2) Cass., 18 juin 1873; S., 74, I, 5.

plissement aurait pour effet de *rendre comme non avenu le legs soumis à une telle condition* et, par conséquent, de donner, *du jour même du décès du testateur et en vertu de la seule vocation de la loi*, ouverture aux droits de ses héritiers naturels existant ce jour là ».

L'affaire fut renvoyée devant la Cour de Grenoble qui rendit un arrêt dans le même sens et, après nouveau pourvoi, la Cour de cassation, en 1875, confirma et précisa sa théorie de 1873 : la disposition attaquée ne renfermait, d'après elle, ni deux libéralités distinctes, ni deux transmissions successives ; les nièces instituées ne reçoivent, en effet, qu'une propriété *précaire* qui ne deviendra complète et incommutable que par la réalisation de la condition prévue, la majorité de l'une d'elles ou son décès avant cette époque, laissant un ou plusieurs enfants ; si cette hypothèse vient à se réaliser, la propriété du legs se confondra dans le patrimoine des légataires institués sans que leur décès ultérieur puisse ouvrir un droit quelconque au profit des appelés en second ordre ; — si, au contraire, lesdites nièces décèdent avant leur majorité, sans laisser d'enfants, les gratifiés en second ordre recueilleront, sans doute, le bénéfice de l'institution ; mais, *par l'effet de la condition résolutoire qui rétroagit au jour du décès du testateur, ils seront censés l'avoir recueilli*

non dans l'hoirie des légataires, mais dans la succession même du testateur.

Que ce soit l'une ou l'autre de ces deux hypothèses qui se produise, la disposition ne présente plus le caractère essentiel de la substitution prohibée.

L'effet rétroactif de la condition, appliqué déjà dans l'hypothèse de la libéralité en usufruit et en nue propriété, permettait donc à la Cour de cassation de modifier sa théorie sur le legs de pleine propriété affecté d'une condition résolutoire. — Grâce à lui, la jurisprudence entrait, à partir de ce moment, dans une ère nouvelle.

Ces décisions libérales, qui durent, au moment de leur apparition, opérer une profonde révolution, n'étaient pas à l'abri de toute critique : l'article 896, qui, pendant près de trois quarts de siècle, avait été le pivot de la jurisprudence, n'allait-il pas devenir désormais lettre morte ?

Nous avons, à maintes reprises, constaté, au cours de cette étude, quelles étroites affinités présentent entre eux, malgré des différences réelles de fond, le legs conditionnel et la substitution : une simple modification de pure forme dans l'expression de sa volonté ne va-t-elle pas permettre au testateur de faire, s'il le désire, une substitution sous la forme d'un legs conditionnel ?

Et avec les principes posés par les arrêts de 1873 et de 1875, la jurisprudence ne se trouvera-t-elle pas dans l'obligation de sanctionner la violation d'un texte à ordre public, de l'article 896 ?

Il y avait là un écueil : la jurisprudence l'a prudemment évité.

Nous allons constater, en effet, que, dans la dernière partie du XIXe siècle, une tendance de plus en plus affirmée se dégage des décisions de justice, en vue d'obtenir *une plus complète interprétation de la volonté du testateur*.

Il ne suffit plus aux juges, en présence d'une clause testamentaire attaquée, d'en apprécier la nature, d'après ses caractères extrinsèques. Ils vont plus loin que la forme dont elle est revêtue, *jusqu'à l'intention même du disposant*, et tâchent d'en dégager la solution du problème qu'ils ont à résoudre : *méthode subjective*, éminemment délicate, par suite de la grande liberté d'appréciation qu'elle laisse à l'interprète, seule capable pourtant de le guider sûrement vers la solution la plus conforme à l'équité, à travers le dédale des clauses et conditions dont le testateur entoure parfois sa libéralité.

Même après les arrêts de 1873 et de 1875, la jurisprudence n'efface pas de notre Code l'article 896 et certaines expressions sont, pour elle, révéla-

trices de cette volonté du disposant de faire une substitution.

« *Un testateur avait légué ses biens à X..., en stipulant que, si X... venait à mourir sans enfants, les biens à lui laissés devraient revenir à la famille A...* »

La Cour de cassation (1) prononça la nullité de la disposition parce que, d'après l'intention probable du testateur, les biens devaient faire l'objet d'une double transmission. « La volonté du testateur d'imposer au grevé la charge de conserver et de rendre peut résulter implicitement d'une combinaison de clauses et d'expressions qui ne laisse pas subsister de doute sur l'interdiction de transmettre les biens donnés en pleine propriété à d'autres qu'aux appelés auxquels, le cas échéant, ils doivent *revenir* en entier. »

Ce principe d'interprétation est parfaitement exact en théorie. Il est cependant téméraire de conclure, d'une manière absolue, de l'usage du mot revenir à la volonté du testateur de faire une substitution.

Dans une espèce similaire, la Cour de cassation, après la Cour de Caen (2), admet la même interprétation.

(1) Cass., 15 mars 1877 ; S., 1877, I, 264.
Voir dans le même sens : Cass., 7 mars 1876 ; S., 1877, I, 17.
(2) Caen, 15 décembre 1879 ; Cass., 16 août 1881 ; S., 1884, I, 62.

Le testament portait que « *dans le cas où le légataire viendrait à mourir sans enfants, le legs à lui fait devrait revenir aux héritiers de la femme du disposant.* »

La Cour prononce la nullité de la disposition par ce motif qu'elle impose au premier institué l'obligation de conserver, puisque tout ce qui lui a été légué doit passer aux mains des héritiers désignés; et, nouvelle considération qui exclut l'idée d'une seule et unique transmission, ne faut-il pas nécessairement « pour que les choses léguées puissent *revenir* aux héritiers de la femme, qu'elles soient allées auparavant dans d'autres mains que celles du testateur? »

Dans les hypothèses très fréquentes auxquelles, durant cette dernière période, la jurisprudence fait l'application de sa théorie libérale, nous allons retrouver dans les arrêts l'expression de cette même *recherche de l'intention du disposant.*

S'agit-il d'*un legs d'usufruit et de nue propriété affecté d'une condition résolutoire pour le cas où le nu propriétaire décéderait sans enfants?*

La Cour de Nice (1), avant d'entreprendre

(1) Nice sous Cass., 26 avril 1875; S., 75, I, 415.

tout examen de la question au fond, déclare qu' « il faut voir si, par ce legs, *la volonté de la testatrice* a été d'imposer au demandeur la charge de conserver les biens légués et de les rendre aux seconds institués, ou si, par contre, cette disposition ne contient pas deux legs distincts, l'un d'usufruit et l'autre de nue propriété avec la condition résolutoire pour le cas où le demandeur viendrait à avoir des enfants ».

S'agit-il d'un *legs de pleine propriété affecté d'une condition résolutoire pour le cas où le légataire viendrait à mourir avant sa majorité* ?

La Cour suprême (1) décide « qu'il n'y a pas de substitution prohibée, alors qu'il n'est pas constaté par les juges du fait que le testateur n'a point imposé au légataire universel, ni directement, ni indirectement, ni en termes formels et précis, ni implicitement, l'obligation de ne point disposer des biens légués et de les rendre ensuite à des institués en second ordre, et que ces constatations du juge du fait sur la volonté du disposant ne sont point en contradiction avec les termes du testament ».

Elle ajoute ce principe, que nous retrouverons formulé dans de nombreuses décisions, que, « s'il y a quelque ambiguité sur la validité

(1) Cass., 16 juillet 1885 ; S., 1886, I, 103.

de la clause testamentaire, ce doute doit être résolu en faveur de l'affirmative ».

Le danger du rétablissement des substitutions, en tant qu'institution politique, devient de plus en plus chimérique, et les juges que ne hante plus cette crainte témoignent de leur souci de donner effet à la volonté du testateur.

Quelle que soit l'hypothèse sur laquelle ils aient à statuer ; les arrêts deviennent plus précis ; leurs motifs révèlent une analyse juridique plus complète.

Le revirement, que nous avons constaté en 1873, n'a pas atteint *le legs affecté d'une double condition suspensive* ; il reste soumis au régime de faveur sous lequel il a vécu, au cours du XIX^e^ siècle.

Un arrêt de la Cour de cassation de 1896 (1) donne à la théorie sa forme définitive.

« La clause testamentaire était ainsi rédigée : *Je lègue au mineur Paul Ammam la somme de 200.000 francs en toute propriété. Le mineur n'aura droit à ladite somme que s'il dépasse l'âge de 30 ans accomplis. S'il décède sans enfants légitimes nés ou conçus avant l'âge de 30 ans, ladite somme reviendra aux époux X...* »

(1) Cass., 10 novembre 1896 ; S., 1897, I, 321, avec note de M. Léon Michel. — Voir dans le même sens : Cass., 1^er^ juillet 1891 ; S., 1891, I, 337.

La Cour de cassation, après avoir indiqué sa méthode d'interprétation, valide la disposition dans ces termes : « Attendu que lorsque le sens d'une clause testamentaire arguée de substitution est incertaine, c'est le droit et le devoir des juges du fond de l'interpréter, en recherchant quelle a été la volonté des testateurs et *qu'ils se conforment aux règles d'une sage interprétation en adoptant le sens qui donne effet au testament plutôt que celui qui le rendrait nul* ; attendu que cette disposition ne constitue pas la substitution fidéicommissaire interdite par la loi ; qu'on n'y rencontre ni la double institution, puisque le legs n'est pas fait à deux personnes l'une après l'autre, mais l'une à défaut de l'autre, ni un ordre successif, mais une alternative, par laquelle, suivant que la condition sera ou non accomplie, la propriété appartiendra irrévocablement au mineur ou à ces personnes ; qu'elle n'implique pas non plus pour le mineur la charge de conserver ou de rendre, puisque si, par l'évènement de la condition, le legs le saisit, il se confondra avec le reste de ses biens pour être dévolu et partagé comme eux, conformément à la loi ou à sa volonté. »

Quant au *double legs affecté de conditions résolutoire et suspensive*, nombreuses sont les décisions qui en consacrent l'efficacité.

Un arrêt de la Cour de Besançon, de 1894, analyse très exactement le mécanisme juridique de l'effet rétroactif de la condition résolutoire.

Un testateur, après avoir fait des legs particuliers, avait disposé de sa fortune restante en faveur de son neveu et de sa nièce, pour la partager entre eux, « *sous la réserve que, si le neveu mourait sans postérité, tout reviendrait à la nièce ou à ses enfants.* »

La Cour de Besançon (1), pour obtenir une interprétation plus complète, décompose chacune des expressions dont s'est servi le testateur ; ainsi, dans l'institution de la légataire universelle, le mot *tout* a pour elle une importance exceptionnelle : il indique que, dans la pensée du disposant, l'assignation de parts et la double institution doivent rétroactivement disparaître, entraînées dans *l'anéantissement résultant de la réalisation de la condition résolutoire ;* il ne doit plus rien demeurer en tant qu'institution ; mais, *par l'effet de la condition suspensive réalisée*, une seule institution, rétroagissant au jour du décès, doit rester debout, celle de la légataire universelle, dont la vocation à la totalité de l'hérédité, énergiquement révélée par le mot « tout », n'est suspendue dans son exécution que jusqu'à la survenance de la con-

(1) Besançon, 18 novembre 1896 ; S., 1897, II, 32.

dition, événement dont la réalisation doit la faire considérer comme ayant toujours été seule investie irrévocablement de la totalité de la libéralité.

De double institution, il n'en existe pas : sans doute, il est vrai, *pendente conditione*, la part faisant l'objet de l'institution à titre universel au profit du neveu a reposé provisoirement sur sa tête ; mais sa propriété n'était qu'imparfaite et résoluble, privée d'une partie de ses attributs et destinée à disparaître en entier, lors de la survenance de l'événement prévu.

Cette nouvelle tendance de la jurisprudence, accordant aux juges un large pouvoir d'appréciation, devait fatalement attirer les critiques des auteurs et surtout des praticiens : elles ne lui furent pas ménagées.

Nous aurons l'occasion de les exposer plus complètement, lorsque nous aborderons la partie de cette étude consacrée à l'examen théorique et à la justification en droit du double legs conditionnel.

Pour le moment, qu'il nous suffise de dire que, pour la grande majorité des auteurs, ces décisions libérales effaçaient de nos lois l'article 896. M. Edouard Lambert (1) pouvait écrire, sans crainte d'être contredit par ses contemporains,

(1) Ed. Lambert, *De l'exhérédation*, 811.

qu' « il ne restait plus rien de l'article 896 ».

L'analyse que la Cour de cassation ne se contentait pas d'autoriser, mais qu'elle imposait aux tribunaux, n'était-elle pas possible pour toute substitution ? L'article 906 restait donc la seule sanction de ces libéralités, dans le seul cas où elles étaient adressées à des personnes futures. Au profit de légataires capables et existant au décès du testateur, les dispositions conditionnelles ne pouvaient qu'être reconnues valables par la jurisprudence.

Les praticiens, de leur côté, s'émurent, avec quelque raison, de cette révolution opérée dans la théorie communément admise, depuis le début du XIX^e^ siècle ; ils cherchèrent, dans les arrêts nouveaux, un criterium certain de distinction entre le legs conditionnel permis et la substitution prohibée : ils n'y rencontrèrent que l'affirmation sans cesse répétée du droit pour le juge de se former une conviction d'après les éléments de la cause ; c'était permettre à l'un de se montrer d'une rigueur excessive et à l'autre de trouver dans les termes du testament des motifs pour valider la disposition ; les testateurs, dans ces conditions, ne pouvaient avoir la certitude de voir leur volonté respectée.

Ces critiques eurent leur influence sur la jurisprudence et expliquent le flottement que

nous allons constater dans certaines décisions.

Les tribunaux inférieurs se montrèrent les plus acharnés dans leur résistance au libéralisme et aux conceptions nouvelles.

C'est, par exemple, le tribunal de la Seine (1), qui en présence d'une clause ainsi rédigée : « *Je donne à X... une maison et, dans le cas de décès de X... après moi sans enfants légitimes, j'entends que le présent legs profite, à compter du jour de mon décès, à Y..., si elle existe encore* », conclut à l'existence d'une substitution.

Le testateur avait pourtant lui-même ouvert la voie à l'application du principe de la rétroactivité, en instituant conditionnellement le second légataire, *à compter du jour de son décès.*

Le tribunal se refuse à consacrer la validité du testament par ce motif qu'il contient *deux legs différents ; l'obligation juridique* pour X... de conserver l'immeuble et de le rendre à Y..., la disposition en sa faveur ne pouvant être exécutée que moyennant la conservation et la restitution du bien légué ; enfin, *l'ordre successif:* n'est-ce pas, en effet, au décès de X... que la propriété doit passer sur la tête de Y... ?

Le jugement se termine par une appréciation

(1) Tribunal de la Seine, 9 mai 1901, et Paris, 24 mars 1902, *Gaz. des Tr.*, 1902, II, 272.

d'une portée générale qu'il est intéressant de signaler : sans doute, conclut le tribunal de la Seine, la charge de rendre est subordonnée à un événement futur et incertain *qui pourrait ne pas se réaliser*, à savoir le décès de X... sans enfants ; mais la substitution, bien qu'elle soit conditionnelle, n'en tombe pas moins sous la prohibition générale et absolue de l'article 896, quand tous les éléments qui la constituent sont réunis.

C'était pour le tribunal de la Seine, dont la Cour de Paris, du reste, réforma le jugement, consacrer de nouveau, par un retour en arrière, ce criterium d'une valeur juridique contestable, mais d'une appréciation facile, qu'il y a substitution, quand la charge de rendre ne peut recevoir son exécution qu'au décès du premier légataire institué.

Dans une autre circonstance, le tribunal de la Seine (1) admit la même théorie, qui, cette fois, fut approuvée et par la Cour de Paris et par la Cour de cassation.

Voici l'espèce : *un testateur avait légué à X... une somme de 150.000 francs et avait stipulé que, pour le cas où X... viendrait à mourir sans enfants, le legs devait revenir à sa famille.*

Pour des motifs identiques à ceux du jugement précédent, le tribunal prononce la nullité du

(1) Tribunal de la Seine, 10 mars 1899, sous Cass., 5 novembre 1900 ; S., 1903, II, 273.

testament, en vertu de l'article 896 ; il ajoute « que la disposition dont bénéficie X..., eut-elle été faite sous condition résolutoire et celle dont bénéficie la famille du testateur sous condition suspensive, le testament serait, en ce cas, sans valeur et présenterait, sous une forme détournée, les caractères d'une véritable substitution fidéicommissaire, puisque la transmission des biens au second légataire ne s'opérera qu'au décès du premier. »

Un arrêt de la Cour de Paris confirma purement et simplement le jugement du tribunal de la Seine et la Cour de cassation rejeta le pourvoi dont il fit l'objet : nul doute que le besoin impérieux d'un criterium de distinction, dont les écrits des auteurs et certaines décisions de juridiction inférieures avaient affirmé la nécessité, n'ait entraîné la Cour de cassation elle-même à revenir en arrière et à faire revivre une théorie qu'elle avait abandonnée depuis près de trente années : il semble qu'elle ait eu peur de l'audace dont elle avait fait preuve en 1873.

Ce retour à la jurisprudence du début du XIX^e^ siècle ne se maintint pas davantage.

Les années, qui ouvrirent le XX^e^ siècle, apportèrent leur tribut de procès occasionnés par l'interprétation de legs conditionnels et les arrêts de la Cour d'appel et de la Cour de cassation se succé-

dèrent sans éclairer d'une lueur nouvelle ce débat séculaire : le principe qui les domine est celui de la *liberté d'appréciation des juges et de la validité des legs conditionnels.*

C'est la Cour de cassation (1) qui, en 1907, reconnaît que la Cour de Riom a fait un usage légitime du droit d'interprétation en déclarant que *la charge imposée à X..., s'il décède sans postérité, de remettre les biens légués à la famille* Y..., doit être considérée comme une institution sous condition suspensive des membres de cette famille existant au jour du décès du testateur.

D'autres arrêts, sans invoquer le pouvoir souverain de la jurisprudence, admettent la validité des dispositions conditionnelles pour des motifs plus spéciaux.

La Cour de Nancy (2) se base sur cette considération qu'aucun texte de loi ne défend au testateur de disposer de tout ou partie de ses biens en faveur d'une personne, sous une condition résolutoire, et, en faveur d'une autre personne, sous une condition suspensive. Une telle libéralité

(1) Cass., 22 avril 1907 ; P, 1907, I, 519.

Voir dans le même sens : Cass., 6 mars 1905 ; D., 1905, I, 450. Cass., 20 juin 1904 ; S., 1906, I, 81. Cass., 27 juin 1905 ; S., 1906, I, 84. Cass., 24 juin 1908 ; S., 1908, *Bull. des Somm.*, I, 66.

(2) Nancy, 8 mars 1855 ; S., 1906, II, 36.

rentre dans les prévisions de l'article 1040 du Code civil.

La Cour de Paris (1) rappelle l'assimilation que nous avons établie nous-mêmes, après de nombreux arrêts, entre les legs de pleine propriété et les legs de nue propriété et d'usufruit: sans encourir les rigueurs de la loi, la testatrice aurait pu, en fait, parvenir à ses fins avec une certitude à peu près complète au moyen d'un legs conjoint de jouissance et de nue propriété au profit de la survivante. — Il y a tout lieu de croire qu'elle a voulu faire une disposition susceptible de produire un effet légal; c'est le résultat final qu'elle a envisagé bien plus que la définition exacte des causes juridiques qui devaient l'engendrer. Il est possible qu'une personne ignorante ait l'intention de disposer de sa fortune pour une époque où elle aura cessé de vivre; mais ce que l'on ne peut supposer, c'est sa volonté de braver sciemment une loi qui, plus puissante qu'elle, annule tout ce qu'elle tenterait de faire au mépris de ses prohibitions.

(1) Paris, 21 janvier 1909; S., 1909, II, 270.

Le testament portait: « Je laisse après moi tout ce que je possède à mes deux nièces pour qu'elles en jouissent en pleine propriété ensemble toute leur vie et que cela reste en entier à celle qui survivra. »

Le Tribunal de Nogent-le-Rotrou avait admis la nullité de la disposition.

Le bon sens le plus élémentaire, indépendamment même de tout effet rétroactif, rend obligatoire, pour la Cour de Paris, la validité de la disposition conditionnelle.

La jurisprudence paraît donc fixée aujourd'hui dans le sens d'une *interprétation libérale*.

Un arrêt récent de la Cour de Lyon (1) le constate en une de ces formules concises dont sont émaillées les décisions de justice : *Il est admis actuellement en jurisprudence que, lorsque deux dispositions portent sur les mêmes biens et les attribuent d'abord à un premier gratifié sous une condition dont l'accomplissement ne peut être vérifié qu'à son décès et, au cas où cette condition viendrait à défaillir, à un second gratifié, cette double disposition doit être validée comme constituant un double legs alternatif conditionnel.* »

De cette jurisprudence dont nous nous sommes efforcés de constater et de retracer l'évolution, le praticien ne peut (et nous le regrettons) déduire aucune règle sûre d'interprétation, aucun criterium certain.

Ce qui paraît être aujourd'hui, pour la Cour de Lyon, un principe incontestable, sera peut-être demain, pour une autre juridiction, la viola-

(1) Lyon, 11 juillet 1908. D., 1910, II, 100.

tion la plus formelle de l'article 896. Le juge doit former sa propre conviction, d'après les circonstances de la cause, d'après l'intention probable du disposant. Apportât-il à ce délicat examen tout le soin qu'il mérite et que réclame impérieusement la gravité des intérêts pécuniaires des parties, le vieil adage latin reste néanmoins toujours vrai : « Tot capita, tot sensus. »

Nous croyons toutefois qu'il est possible, dans une certaine mesure, de rendre plus rares ces hésitations, ces fluctuations que certaines décisions judiciaires nous ont révélées.

La jurisprudence s'engagera d'un pas plus assuré dans la voie libérale, le jour où elle sera affermie dans sa conviction — qui, nous serions bien tentés de le croire, n'a pas toujours été la sienne — qu'elle a fait, en 1873, œuvre bonne, parfaitement conforme aux saines et classiques notions du droit et à l'esprit même des rédacteurs du Code civil, en même temps que solidement assise sur les traditions historiques.

DEUXIÈME PARTIE

APPRÉCIATION CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE

La théorie de la jurisprudence aboutit pratiquement à un résultat. Elle établit et consacre une différence de nature entre la substitution et le legs conditionnel : celui-ci rentre dans les dispositions permises par l'article 1040 ; celle-là tombe, frappée par la nullité de l'article 896.

L'effet rétroactif de la condition qui ne laisse plus subsister qu'une seule libéralité, anéantissant fictivement celle qui avait eu pour bénéficiaire le premier gratifié conditionnel, devient donc le fondement, le moyen de réalisation pratique de cette distinction.

Les arrêts se succèdent en grand nombre au cours du XIX^e^ siècle, sans qu'il soit possible de leur demander le principe directeur qui, dans telle hypothèse, les détermine à appliquer la règle de l'article 1179.

L'incertitude règne sur le criterium; comme l'écrit M. Edouard Lambert (1) « il y a des décisions libérales, il y a des décisions restrictives, voilà tout. C'est le régime du caprice et de l'arbitraire ». Nous avons nous-mêmes, au cours de cette étude, constaté que les inconvénients pratiques de cette situation pouvaient expliquer, dans une certaine mesure, les vives critiques dont cette jurisprudence fut l'objet.

Certains auteurs se sont attaqués *au fait même de la distinction* consacrée par les arrêts et ont nié qu'il fût possible d'établir, en droit, une différence entre la substitution et le legs conditionnel affecté d'une condition résolutoire.

M. Léon Michel s'est constitué un des défenseurs les plus énergiques de l'article 896. « Lorsque le légataire, écrit-il (2), se trouve investi de la propriété actuelle sous condition résolutoire, il y a bien un legs conditionnel, mais un legs prohibé, sous la qualification de substitution, parce que l'événement qui fait fonction de condition est la mort du grevé. — *La substitution ne peut s'analyser autrement qu'en un legs sous condition résolutoire fait au profit de la personne chargée de rendre à son décès.* — Que l'on baptise la dis-

(1) Edouard Lambert, *op. cit.*, § 774.

(2) Note de M. Léon Michel sous Cass., 10 nov. 96. D. 99, I, 209.

position du nom de legs ou de substitution, il n'y a qu'une seule et même disposition : telle était la théorie de l'Ancien Droit : il n'a jamais distingué le legs conditionnel et la substitution. »

Pour M. Léon Michel, le fait posé en condition dans la substitution, c'est la mort du grevé qui anéantira une des deux libéralités en même temps qu'elle donnera ouverture au droit du substitué, s'il est lui-même encore vivant : pour celui-ci, sa survie au premier gratifié est la condition suspensive de l'existence de son droit.

M. Edouard Lambert (1) est aussi affirmatif : « Il suffit d'ouvrir, dit-il, l'un quelconque des traités écrits dans l'Ancien Droit sur la matière pour se convaincre qu'à la veille de la Révolution, personne n'établissait plus depuis longtemps une opposition de nature entre le legs conditionnel et la substitution. Aux XVII^e^ et au XVIII^e^ siècles, on reconnaît universellement que ces deux institutions se confondent à tous égards. — La distinction établie n'est qu'une invention des auteurs modernes » ; et ailleurs, le même auteur (2) s'arme des textes du Code pour affirmer qu'il ressort à l'évidence de leur examen que le legs se transforme en substitution par cela seul que l'ouver-

(1) Edouard Lambert, *op. cit.*, § 782.
(2) Ed. Lambert, *op. cit.*, § 780.

ture en est subordonnée au décès du précédent légataire. « L'article 1040 autorise toutes les autres conditions, mais les articles 896, 898 et 899 prohibent celles-là (1). »

Jurisprudence prétorienne, en contradiction formelle avec les lois et avec les traditions historiques, telles furent, en résumé, les plus graves critiques adressés à l'œuvre réalisée en 1873 par la Cour de cassation.

Elles ne suffisaient pas néanmoins à détruire le fondement même de la distinction, *l'effet rétroactif de la condition*.

A ces reproches, la Cour de cassation pouvait toujours répondre : « Là où il y a legs conditionnel, — et l'on ne peut nier qu'il y ait, à côté des substitutions, des libéralités revêtues de la forme des legs conditionnels et que les juges ne puissent déclarer tels, — l'article 1179 doit intervenir, puisque c'est un texte général dont l'application doit être étendue à toutes les conditions, quel que soit le moment fixé pour leur réalisation. En vertu du jeu même des principes, le légataire conditionnel succède directement au testateur ; la double libéralité disparaît donc et, avec elle, ce qui peut être caractéristique de la substitution. »

(1) Voir, dans le même sens, Aubry et Rau, *op. cit*, p. 313. Nouveau Code civil annoté Dalloz, sous l'article 896, n° 257.

En présence de ce raisonnement, les auteurs ont dirigé leurs attaques contre le principe même de l'effet rétroactif ; ils ont nié qu'il fût conforme aux traditions d'en faire une application différente aux legs conditionnels et aux substitutions. Cette théorie admise, notre distinction jurisprudentielle croulerait par la base.

Quels sont les arguments que font valoir ces adversaires de la jurisprudence ?

M. Edouard Lambert (1) invoque l'autorité de Pothier pour prétendre que, durant tout l'Ancien Droit, *l'effet essentiel que produisaient, au profit du substitué, les substitutions interdites par le code, c'était la succession directe du substitué au testateur;* Pothier (2) n'a-t-il pas constaté lui-même, dans son traité, que le droit du grevé disparaît rétroactivement à son décès : « Le droit qu'a l'héritier grevé dans les immeubles n'étant qu'un droit sujet à se résoudre de plein droit, au profit du substitué, par l'ouverture de la substitution, il ne peut, en les aliénant, transférer qu'un droit tel qu'il a, c'est à dire sujet à se résoudre par l'ouverture de la substitution. »

La conséquence de ce principe qui, au dire de M. Edouard Lambert, est présenté dans le dernier

(1) Ed. Lambert, *op. cit.*, § 783.
(2) Pothier. *Des substitutions,* sect. V, art. 2, nº 4.

état de l'ancienne jurisprudence comme insusceptible de contestation, c'est que, pour soustraire le légataire conditionnel à l'application de l'article 896, pour le soumettre à un régime de faveur, on ne peut invoquer la règle de la rétroactivité, commune à la substitution et au legs conditionnel. Le Code civil, à la suite de la loi de 1792, n'a pas, en effet, transformé le caractère traditionnel de ces dispositions et l'on ne peut se prévaloir, pour les distinguer, au point de vue de leur validité, d'un effet qui leur est commun.

D'autres auteurs contestent *l'application que fait la jurisprudence de l'article 1179 à la matière des legs conditionnels.*

Dans une consultation qu'il donna dans une espèce soumise à la Cour de cassation, M. Demolombe écrivit (1) : « Il est très discutable que les dispositions de l'article 1179, écrites pour les contrats, puissent être invoquées en matière de testament ; en admettant même que le principe de la rétroactivité soit applicable aux legs conditionnels permis par la loi, on ne saurait l'étendre aux dispositions qui, sous une forme conditionnelle, contiendraient une véritable substitution. »

M. Léon Michel (2) considère comme « fort

(1) Voir cette consultation sous Cass., 24 juin 1873 ; D., 74, I, 52.
(2) Note de M. Léon Michel, *supra cit.*

douteux que la rétroactivité de la condition opère dans les testaments ».

Cette idée, que la jurisprudence a introduite en notre matière des legs conditionnels et qui lui a permis d'effacer une des deux libéralités, d'anéantir l'ordre successif, lui semble purement arbitraire : si la propriété passe au second gratifié, telle qu'elle est sortie des mains du disposant, entière et intacte, ce n'est pas par l'effet de la condition, mais bien plutôt parce que le premier légataire conditionnel n'a pu modifier la propriété, ni dans ses éléments, ni dans ses contours, ni dans sa manière d'être ; il n'a pas pu marquer son empreinte sur la chose; il disparaît sans laisser de trace, parce qu'il n'a eu que des droits de jouissance et d'administration.

Et M. Léon Michel conclut en disant que la rétroactivité n'empêche pas la nullité du legs sous condition résolutoire ; elle n'est, en réalité, qu'une *façon d'expliquer des effets qui, ici, se produiraient sans elle* et s'expliqueraient autrement ; ce n'est ni une réalité, ni surtout une nécessité, et l'on ne peut donc pas en déduire ce corollaire, inévitable d'après la théorie jurisprudentielle, que le second légataire succède immédiatement et sans intermédiaire au disposant (1).

(1) Cette théorie, sur la non-application de l'effet rétroactif de la con-

Que les auteurs soient donc partisans d'étendre le principe de la rétroactivité à la substitution ou

dition dans les testaments, devait être reprise quelques années plus tard et développée par M. Chausse dans un article publié dans la *Revue Critique* de l'année 1900, sous le titre : « *De la rétroactivité dans les actes juridiques* ». M. Chausse envisage la question à un point de vue très général : après avoir indiqué que notre Code avait adopté ce principe de la rétroactivité avec Pothier et les anciens commentateurs à la suite d'une erreur d'interprétation des lois romaines, l'auteur en démontre l'inutilité pour expliquer ce fait que les actes du possesseur intérimaire sont censés n'avoir jamais existé et que les droits du propriétaire conditionnel remontent au jour de la passation du contrat : il suffirait de dire, par exemple, que l'acquéreur sous condition résolutoire n'a pu constituer des droits plus étendus que le sien propre. Propriétaire temporaire, il n'a pu créer de droits définitifs (p. 540 et sq.).

Nous signalerons aussi, sans nous y attarder, la thèse de M. Leloutre sur la *Non rétroactivité de la condition dans l'acte et dans le fait juridique* (thèse, Caen, 1904). Dans une législation qui fonde l'obligation sur le consentement, nous dit M. Leloutre, il faut faire, de tous les motifs qui ont porté les parties à s'engager, des éléments essentiels de l'acte : or, la condition n'est autre chose qu'un des motifs de l'acte, puisque les parties ont déclaré au contrat qu'elles seraient liées si tel événement se réalisait ; elle est donc aussi, conclut-on, un élément essentiel. Jusqu'au jour de l'arrivée de la condition suspensive, il manque à l'acte un élément constitutif ou plutôt un motif de l'acte ; dès lors, comment les droits qui en découlent peuvent-ils naître avant lui ? De même, quand la condition est résolutoire, l'acte *pendente conditione* a la même force que s'il était pur et simple ; dès lors, comment soutenir, quand la résolution se produit, qu'il n'a jamais existé ?

Nous ne pouvons pas entrer dans la discussion de ces théories générales qui sortent du cadre de notre étude : la seule conclusion que nous puissions en tirer c'est que, en législation, l'effet rétroactif n'est peut-être pas une nécessité juridique et ainsi l'ont compris le Code fédéral suisse des obligations (art. 171 et 174) et le Code civil allemand (art. 138 et 159) qui ne le font pas figurer dans leurs textes.

Pour nous, qui vivons sous le régime du Code de 1804, ces discussions sont purement théoriques : la rétroactivité est expressément admise par l'article 1179 et les commentateurs de notre loi ne sauraient en faire abstraction.

au contraire, de l'exclure radicalementde la théorie des legs conditionnels, leurs critiques se résument en cette conclusion commune : les deux dispositions sont, en réalité, de nature identique et la Cour de cassation ne peut justifier *juridiquement* l'opposition qu'elle établit entre elles, au point de vue de leur efficacité.

Malgré toutes ces attaques, la jurisprudence se trouvait encore fortifiée d'un *argument de bon sens :* le rapprochement que nous nous sommes efforcés d'établir entre le legs conditionnel, tel que l'autorise l'article 1040, et le legs d'usufruit et de nue propriété nous permettra d'en apprécier toute la valeur : si, en effet, après avoir légué un usufruit, le testateur trouve dans la loi le droit d'affecter d'une condition résolutoire le legs de la nue propriété, et ce, sans encourir les rigueurs de l'article 896, peut-on, en bonne logique, prononcer la nullité de la disposition unique qu'il aura rédigée dans l'ignorance de la sanction ?

Le disposant n'arrive-t-il pas par l'un ou par l'autre de ces modes (et nous en avons fait plus haut la démonstration) à une même expression de sa volonté ?

Faut-il faire dépendre le sort d'une libéralité d'une certaine habileté de rédaction ou de quelques artifices de langage ?

Cet argument n'était certes pas dépourvu d'au-

torité : aussi, M. Demolombe (1), pour arriver à une critique plus complète de la jurisprudence, s'est-il efforcé d'ébranler *la validité même de cette disposition en usufruit et en nue propriété :* c'est une véritable substitution, écrit-il : ce prétendu légataire de l'usufruit, mais le voilà en même temps légataire de la nue propriété, puisqu'elle lui a été attribuée sous une condition résolutoire de nature à ne se vérifier qu'à son décès ? A compter du décès du testateur et jusqu'à l'époque de son propre décès, il sera plein et entier propriétaire, c'est à dire absolument dans la même situation qu'un grevé de substitution.

Au surplus, que l'on ne dise pas que l'article 899 autorise une telle libéralité : ce texte ne permet que la disposition simultanée par laquelle on lègue à l'un l'usufruit et à l'autre la nue propriété ; chaque légataire doit rester maître de disposer de son droit et, à cette condition seulement, l'article 899 rend possible pour le testateur une telle décomposition de sa libéralité. Ici, non seulement le légataire de l'usufruit, qui, en réalité, jouit avec le titre de propriétaire, ne peut disposer des biens légués, mais il en est de même du nu propriétaire éventuel, pendant toute la vie du premier gratifié : si celui-ci, en effet, réalise la con-

(1) Demolombe. *op. cit.*, nº 120. Consultation, *loc. cit.*

dition qui doit consolider sur sa tête la nue propriété, son prétendu titulaire n'aura jamais été propriétaire du tout.

C'est donc par la méconnaissance formelle de la véritable portée de l'article 899 que la jurisprudence a été amenée à déclarer valables ces dispositions conditionnelles en usufruit.

La preuve de la substitution résulte de la multiplicité même des précautions employées pour la dissimuler : on ne peut, en tout cas, en déduire la nécessité de prononcer, par analogie, la validité du legs de pleine propriété affecté d'une condition résolutoire : ce serait, par analogie, commettre une nouvelle erreur d'interprétation.

Les auteurs, en se plaçant tant sur le terrain historique que sur le terrain juridique, n'ont pas ménagé à la jurisprudence leurs objections. Devons-nous adopter leurs doctrines ? Telle est la question à laquelle nous devons répondre, avant d'entreprendre pour clore cette étude, la justification directe de la distinction réalisée entre le legs conditionnel et la substitution.

Il nous sera facile de réfuter une première théorie : celle des auteurs dont l'opinion s'est

trouvée influencée par une prétendue confusion, existant dans l'Ancien Droit, entre les deux dispositions : comment, disent-ils, la jurisprudence peut-elle aujourd'hui, sans être qualifiée d'arbitraire, en modifier le caractère traditionnel ?

Un tel argument historique, qui dégage le caractère des institutions du présent d'après ce qu'elles furent dans le passé, n'aurait quelque autorité que si le Code civil, après la loi de 1792, n'avait profondément modifié le régime des substitutions.

L'Ancien Droit, et nous ne saurions le contester, ignorait une distinction absolument dénuée d'intérêt pratique à une époque où la grande majorité des coutumes voyait avec faveur la substitution et confondait, dans une même interprétation bienveillante, cette institution et les dispositions de dernière volonté qu'affectait la clause conditionnelle : legs sous condition, substitutions compendieuse ou conjecturale, substitutions conditionnelle ou pure et simple, jouissaient des mêmes prérogatives et étaient validées sous le terme générique de substitutions.

Bien plus, lorsqu'une disposition n'était pas valable sous un certain point de vue, on recherchait, avec un nombreux cortège de conjectures, si la volonté du disposant ne permettait pas de la soutenir comme substitution.

L'invasion du *fidéicommis conjectural*, très en faveur dans notre Ancien Droit, était née d'une audacieuse interprétation d'un texte de Papinien (1) : *In causa fideicommissi, utcumque precaria voluntas quæretur, conjectura potuit admitti.*

Prise dans son véritable sens, cette pensée n'avait rien que de très raisonnable : dans cette matière comme dans toute autre, la logique peut s'aider des présomptions que le testament fait surgir nécessairement.

Mais les interprètes étaient partis de là pour donner libre cours à leur imagination et pour introduire un nombre infini de conjectures, d'où ils tiraient la preuve des substitutions conjecturales. « La matière des fidéicommis, écrit M. Troplong (2), était devenue un chaos tel qu'il n'y avait presque pas de disposition où l'on ne put voir une substitution. »

Le chancelier d'Aguesseau réprima cet abus, en annonçant dans le préambule de l'ordonnance de 1747 que son but était de « prévenir par des règles fixes et uniformes toutes les interprétations arbitraires et d'obliger des donateurs et testateurs à expliquer leurs volontés d'une

(1) Loi 64 ; D., De leg.

(2) Troplong. *Des donations entre vifs et testamentaires*, 3e éd., I, p. 145.

manière plus expresse (1) ». — Néanmoins, on continuait à considérer comme lois les conjectures tirées des textes du droit romain et l'on n'hésitait pas à valider comme substitution ce qui ne pouvait valoir autrement (2).

Nos anciens auteurs, la plupart du moins, n'avaient aucun intérêt à établir de distinction entre le legs conditionnel et la substitution, puisque ces deux dispositions se trouvaient soumises au même régime de faveur.

Si l'on veut chercher dans l'Ancien Droit un argument quelconque pour fortifier ou combattre la théorie moderne de la jurisprudence, ce ne sont point ces coutumes qui permettaient et encourageaient l'usage des substitutions qui peuvent nous le donner, mais bien celles qui en prohibaient l'emploi, comme le fait notre Code civil.

Ces coutumes étaient peu nombreuses (3) : il y avait celles de la Marche (art. 255), d'Auvergne (XII, art. 53), de Sedan (art. 130), de Montargis (XIII, art. 1), de Bassigny (XIII, art. 163), du Bourbonnais (art. 324).

(1) L'article 19 de l'Ord. de 1747 donna un exemple de ces substitutions que l'on voulait fonder sur des conjectures. (*suprà cit.*)

(2) Toulier. *Droit civil français*, 5e édition, V, 27 et 29.

(3) Voir Rep. Fuzier-Herman, vo Substitution, no 12 ; Villequez, *Des substitutions prohibées*, p. 15,

La coutume d'Auvergne formulait ainsi la prohibition des substitutions : *substitution d'héritier faite en testament ou autre disposition de dernière volonté n'a lieu et ne vaut aucunement audit pays, par légat, ni autrement, en quelque manière que ce soit.*

Le commentateur de cette coutume (1) ajoute : « Quelque opinion qu'on puisse se former sur la validité des substitutions testamentaires, l'on ne peut douter que les dispositions conditionnelles ne soient valables. Il y a, à la vérité, des rapports sensibles entre la substitution et le legs conditionnel ; mais la coutume ne défend pas de léguer sous condition et ce qui est contraire au droit commun ne doit pas être étendu », et plus loin : « en Auvergne où l'institution d'héritier vaut par la forme de legs, la substitution vulgaire qui n'est qu'une institution alternative doit avoir tout son effet. » — Voilà donc une coutume prohibitive qui admet nettement la possibilité du legs conditionnel.

Auroux du Pommier (2) partage la même opinion : « Il faut bien toutefois prendre garde, écrit-il, de confondre le legs sous condition et à terme incertain, avec la substitution testamentaire directe ou fidéicommissaire ; la substitution

(1) Chabrol. *Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne*, XII, t. 53, II, p. 126.

(2) Auroux du Pommier. *Coutumes du Bourbonnais* II, p. 109.

testamentaire tant directe que fidéicommissaire est rejetée, mais non pas le legs sous condition qui ne renferme point de substitution. »

Les commentateurs ne se contentent point de poser des principes. Chabrol (1) cite différentes espèces de jurisprudence qui ont consacré la distinction.

Par acte du 6 mai 1631, un testateur avait légué à celui de ses deux fils, Simon et Amable, qui vivrait jusqu'à 25 ans, le quart de ses biens. Simon décède mineur et Amable demande la totalité du quart. Ses sœurs lui opposèrent que la disposition du père qui, en léguant le quart à ses deux fils, voulait, dans le cas prévu, que le survivant eût le tout, était une substitution réciproque et fidéicommissaire. Le prémourant n'était-il pas obligé de restituer au survivant ? L'un ne pouvait en effet avoir le tout qu'en tenant de l'autre la moitié. — A quoi Amable répondit que la coutume prohibitive des substitutions n'avait pas défendu les dispositions conditionnelles : en l'espèce, le survivant devait tout tenir de son père, rien de son frère ; la disposition entière était demeurée en suspens jusqu'à la majorité ; la condition prévue venant à s'accomplir avait un effet rétroactif, par le moyen duquel celui des frères qui

(1) Chabrol. *Op. cit.*, 125,

survivait était censé avoir recueilli tout le legs, dès le jour de la mort du testateur.

Le commentateur de la coutume d'Auvergne ajoute, sans nous la rapporter intégralement, qu'une « sentence rendue au rapport de M. le lieutenant général confirma la libéralité ».

A-t-elle admis la thèse du fils survivant en faveur de la validité de la condition suspensive?

A-t-elle été jusqu'à reconnaître directement l'effet rétroactif de la condition résolutoire, posant ainsi, quelques siècles auparavant, les premières bases de la théorie consacrée en 1873 ?

Nous l'ignorons : qu'il nous suffise de constater que, dès le XVII[e] siècle, les coutumes d'Auvergne et du Bourbonnais, prohibitives, comme notre Code civil, des substitutions fidéicommissaires, avaient établi déjà, sans poser, elles non plus, de criterium général, la distinction entre la substitution et les dispositions conditionnelles.

Ainsi se trouve réfuté l'argument historique par lequel certains juristes prétendent contester à la jurisprudence moderne l'appui qu'elle trouve, en réalité, dans l'Ancien Droit.

Si, abandonnant l'histoire, nous plaçons la discussion sur le terrain juridique, nous allons constater que les autres critiques ne sont pas mieux fondées.

Toute substitution, nous dit-on (1), est soumise à un événement futur et incertain, *la survie de l'appelé au grevé* ; or, une disposition soumise à un événement futur et incertain est une disposition conditionnelle ; dès lors, conclut-on, il y a identité d'effet entre le legs conditionnel et la substitution, comme il y a identité de nature.

Le legs conditionnel n'est-il pas, en effet, la décomposition en ses éléments juridiques de la substitution prohibée ? *La double transmission* s'y rencontre comme dans la substitution, la rétroactivité de la condition n'opérant que l'effet produit par la mort du grevé dans la substitution ou plutôt cette rétroactivité se rencontrant également dans la substitution ; *la charge de conserver*, si elle n'est pas littéralement exprimée, découle néanmoins de l'incertitude du droit de propriété pendant toute la vie du premier légataire ; enfin, c'est la mort de ce dernier qui vient résoudre son droit et donner ouverture au droit du second bénéficiaire qui reçoit les biens, francs et quittes de toutes charges, des mains du disposant.

Quelle est la valeur de ces objections ?

« Raisonner ainsi, écrit M. Laurent (2), c'est confondre, nous semble-t-il, la condition de survie qui se trouve dans toute disposition testamen-

(1) Demolombe, Consultation, *loc. cit.*

(2) Laurent, *Principe de Droit civil français*, 2e éd., XIV, nº 444.

taire avec la condition résolutoire qui anéantit les legs. »

M. Tissier (1) s'exprime de la même façon :

« Le fait, pour l'appelé, d'exister au jour de l'ouverture de la substitution, pour recueillir le bénéfice qui en découle, ne constitue pas une véritable condition ; il y a là une nécessité inhérente à la qualité de successeur du grevé. Son droit n'est pas plus conditionnel que celui d'un successeur quelconque qui doit, pour recueillir le bénéfice d'une succession à laquelle il est appelé, exister et être capable, lors de l'ouverture de la succession. » Autre chose est la capacité exigée pour être apte à recevoir un legs, qu'il faut exister pour recueillir ce legs, autre chose la réalisation d'un fait quelconque faisant naître le droit au legs.

La mort du grevé dans la substitution n'est pas l'accomplissement de la condition correspondant à la résolution : admettre semblable théorie serait, du reste, contradictoire, puisqu'un des caractères essentiels de la substitution est de contenir deux libéralités et que, la résolution anéantissant la première, il n'en subsisterait qu'une.

Il est vrai que pour désigner l'effet produit par la substitution, Pothier se sert des mots « résolu-

(1) A. Tissier. Legs conditionnels alternatifs et substitutions prohibées. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903.

tion, se résoudre ». Peut-être pourrait-on se trouver tenté, ici encore, d'invoquer la tradition pour établir la rétroactivité du droit de l'appelé.

En réalité, les auteurs modernes ont attaché aux extraits de l'œuvre de Pothier un sens précis et formel qui n'était nullement dans la pensée de cet auteur et qui transformerait radicalement la nature des substitutions, si elles étaient admises comme l'expression de la vérité (1).

La seule et véritable portée des termes employés par Pothier, c'est que le droit du grevé n'est pas incommutable, qu'il est appelé à disparaître par l'ouverture de la substitution : il serait tout à fait inexact d'en conclure que le droit du grevé est censé n'avoir jamais existé.

Si la rétroactivité ne se produit pas dans la substitution, — et cette théorie est aujourd'hui à peu près universellement admise, — par contre, *la condition résolutoire dont peut être affecté un legs conditionnel, lorsqu'elle s'accomplit, rétroagit au jour du legs.*

Que l'événement se réalise avant la mort du gratifié, qu'il se réalise après, l'effet reste le même : le legs se trouve résolu, totalement anéanti dans le passé : il n'y a plus qu'un

(1) Planiol. *Traité de droit civil*, III, nº 3323.

légataire, celui au profit duquel s'est accompli le fait posé en condition ; si le premier légataire institué sous condition résolutoire a dû conserver les biens, ce n'a pas été en vertu d'une charge analogue à celle imposée au grevé de substitution : son obligation fut la conséquence de l'éventualité de son droit.

Nous dira-t-on, avec M. Léon Michel, qu'analyser ainsi un legs conditionnel pour le distinguer dans ses éléments constitutifs de la substitution, c'est faire une pétition de principe, puisque la question est précisément de savoir si la rétroactivité de la condition est applicable en notre matière ?

Dans l'état actuel de nos lois, une telle discussion ne paraît plus possible.

L'article 1179 pose, en effet, un principe très général, applicable à toute condition, dans les legs comme dans les contrats.

Sans la rétroactivité, l'article 906 serait, du reste, inexplicable : si le légataire même conditionnel doit être conçu au moment du décès du testateur, c'est qu'il reçoit la propriété directement du testateur, sans intermédiaire. S'il la tenait du premier légataire gratifié, il lui suffirait, comme à l'appelé, d'être vivant au jour du décès de ce légataire. — La règle spéciale de l'article 906 démontre que, puisqu'il n'y a pas d'intermédiaire entre le

testateur et le légataire conditionnel, le droit qu'avait, avant l'événement de la condition, celui qui était grevé du legs, est effacé *in præteritum* et véritablement résolu.

Il est vrai que la seule conséquence déduite par l'article 1180 de cette rétroactivité, à savoir, la transmissibilité héréditaire du droit conditionnel, est impossible dans les testaments, en vertu même de l'article 1040 : ne doit-on pas, — et c'est une objection possible — en conclure que le Code a entendu réserver la règle de la rétroactivité à la seule matière des obligations ?

M. Laurent (1) a donné très judicieusement la raison d'être de cette exception dont on ne peut tirer aucun argument : quand il s'agit d'une obligation conditionnelle, la condition peut encore s'accomplir après la mort du créancier (art. 1180), parce que nous stipulons dans les contrats pour nous et nos héritiers ; il n'en est pas de même des legs : s'ils deviennent caducs, lorsque le légataire meurt avant l'accomplissement de la condition, c'est que le legs est essentiellement personnel, qu'il s'adresse au légataire et non à ses héritiers.

Sauf cette spécialité de l'article 1040, les règles que le Code a établies au titre des Obligations sur les conditions doivent s'appliquer aux legs. —

(1) Laurent. *Op. cit.*, n° 440.

La jurisprudence (1) est aujourd'hui, du reste, complètement fixée en ce sens et toute discussion n'est plus que du domaine de la pure théorie.

Mais il y a plus que des arguments de texte en faveur de la rétroactivité de la condition dans les seuls legs conditionnels. Elle est parfaitement conforme à l'intention des parties.

Dans la substitution, le testateur a pour but de faire deux transmissions successives, prévues et voulues. Que sa disposition soit dictée par des motifs d'ordre politique et aristocratique, comme cela se rencontrait surtout sous l'Ancien Régime, ou par un sentiment d'égoïsme qui l'incite à prolonger ses droits, à se survivre à lui-même, il veut, avant tout, priver le grevé du droit de disposer des biens qui lui ont été légués et désigner lui-même, par avance, ceux qui devront les recueillir. Cette double désignation est de l'essence même de la substitution. Que les seconds appelés tiennent de lui directement leurs droits ou que ce soit par l'intermédiaire du grevé, cela en réalité lui importe peu : cette considération est étrangère au seul but qu'il poursuit : la fixation actuelle et irrévocable des bénéficiaires successifs de ses biens.

(1) Chambéry, 28 mars 1899 ; D., 1901, II, 390 . « Le principe de la rétroactivité de la condition posé en termes très généraux par l'article 1179 est applicable en matière de legs aussi bien qu'en matière d'obligation. »

Il en est tout autrement du legs conditionnel. La véritable raison d'être de la condition, c'est l'incertitude qui existe dans l'esprit du disposant ; si celui-ci pouvait être certain de ce qui doit advenir, ce n'est certes pas à un acte sous condition qu'il aurait recours.

Le testateur qui fait dépendre la désignation de son légataire d'un événement futur et incertain ne veut avoir qu'un seul légataire et non pas, comme le substituant, deux ou même davantage, qui devront transmettre les uns aux autres la propriété de ses biens.

Mais, il hésite entre plusieurs attributaires possibles de sa fortune et ce légataire unique, il ne le désigne pas irrévocablement dans son testament : Ce sera seulement l'arrivée ou la non arrivée d'un événement déterminé, événement dont la réalisation, si elle s'était déjà produite aurait vraisemblablement dissipé son indécision, qui fera connaître ce légataire et le fixera d'une manière définitive.

Une personne a, par exemple, deux neveux qui jouissent personnellement d'une fortune importante, mais s'ils se marient, s'ils ont des enfants, leur fortune devient insuffisante. Cette personne pourrait donner à chacun de ses neveux la moitié de ses biens, mais le but qu'elle cherche ne serait pas atteint, tandis qu'au

moyen d'un legs sous condition, elle assure en temps utile à l'un ou à l'autre la fortune nécessaire à sa nouvelle situation, en obligeant, par exemple, celui des deux qui décédera sans enfants à remettre à l'autre les biens qu'il a recueillis provisoirement.

En présence de cette incertitude qui seule, dans le cas spécial que nous avons cité, a dicté la disposition conditionnelle, il y a tout lieu de supposer que l'intention véritable du testateur est que l'acte soit réputé avoir toujours ou n'avoir jamais existé, suivant que la condition s'est ou non accomplie.

Si, au moment de la rédaction de son testament, il avait connu l'avenir, il n'aurait fait qu'une seule libéralité.

La rétroactivité lui permet d'anéantir, d'effacer celle qu'il a dû faire, comme contraint par la nécessité même des choses : n'est-il pas vraisemblable d'admettre que le testateur a voulu cet effet spécial de la condition?

L'intention même du disposant vient justifier avec les textes l'application de l'article 1179 aux doubles legs conditionnels.

La théorie doit-elle se montrer plus rigoureuse pour *les dispositions en usufruit et en nue propriété* dont la Cour de cassation a toujours prononcé la validité. Est-il vrai de dire, avec

M. Demolombe, qu'aucun texte, ni l'article 899, ni l'article 1040 ne peut les autoriser ?

Admettre une semblable thèse serait introduire dans l'article 899 une restriction qui ne s'y trouve point : la loi ne dit nulle part que le testateur doive toujours disposer purement et simplement, qu'il ne puisse donner l'usufruit et la nue propriété sous condition. De droit commun, tout disposant a la faculté de se servir des conditions reconnues et admises par les textes : aux adversaires de la jurisprudence libérale, nos anciens auteurs (1) répondaient déjà par avance : « ce qui est contraire au droit commun ne doit pas être étendu. »

Il est vrai que l'article 899 envisage uniquement l'hypothèse du legs pur et simple dans lequel chaque légataire conserve l'entière liberté de disposer, soit de l'usufruit, soit de la nue propriété, et que l'apposition de la condition troublera profondément cet état de choses : nous ne saurions le contester ; mais cette modification apportée au droit de disposition du légataire est l'effet normal de toute condition, qui, nous l'avons déjà dit, rend incertaine l'attribution définitive de la propriété et met le légataire dans l'obligation de la conserver. Elle ne peut avoir aucune influence sur la nature intrinsèque de la libéralité qui reste la

(1) Chabrol. *loco cit.*

même, qu'elle soit pure et simple ou conditionnelle.

Le légataire de l'usufruit, qui reçoit conditionnellement la nue propriété, se trouve-t-il réellement, ainsi que le prétend M. Demolombe, dans la situation d'un plein et entier propriétaire grevé?

Raisonner ainsi, serait méconnaître l'effet rétroactif de la condition : peut-on dire que ce légataire est plein et entier propriétaire, alors qu'à côté de lui se trouvent d'autres légataires appelés sous une condition suspensive qui, en se réalisant, résoudra rétroactivement le droit du premier, à ce point que, par la volonté même du testateur, il n'aura jamais été qu'usufruitier?

Concluons donc, en réponse aux critiques formulées contre l'œuvre de la jurisprudence, que la Cour de cassation, en reconnaissant la validité de ces dispositions conditionnelles, quelle qu'en soit la forme, n'a pas violé l'article 896.

C'est très justement qu'elle a séparé leur cause d'avec celle des substitutions, puisqu'on n'y rencontre pas plus de double transmission que d'ordre successif : le premier gratifié se voit privé rétroactivement du bénéfice de son legs, il se trouve donc dans l'impossibilité

de transmettre au second bénéficiaire un droit qu'il ne possède plus lui-même et celui-ci le tiendra directement du défunt.

Au point de vue juridique, il n'y a pas d'impossibilité à cela, puisque toutes les règles du droit sont respectées.

Bien loin d'être en contradiction avec les lois, (et nous avons montré combien les principes la justifiaient), la distinction établie par la jurisprudence entre le legs conditionnel et la substitution trouve dans les lois révolutionnaires et les travaux préparatoires du Code civil, son plus puissant appui.

La substitution constituait, sous l'Ancien Régime, le fondement le plus solide de l'aristocratie, inséparable du trône : plus la noblesse était forte et redoutée, plus la royauté se trouvait affermie.

Assurer l'inaliénabilité des biens entre les mains d'un seul et pendant plusieurs générations, c'était le moyen le plus direct de conserver intacte la puissance d'une famille riche. Cha-

brol (1), le commentateur de la coutume d'Auvergne, prohibitive des substitutions, observe « qu'il est surprenant que, dans une province où il y a tant de maisons nobles, l'on ait laissé rédiger une disposition si contraire à l'état de la noblesse ».

A une époque où les biens consistaient principalement en terres et où les fortunes étaient loin d'égaler celles que peut créer de nos jours une industrie prospère, les substitutions étaient devenues presque nécessaires par les prodigieuses dépenses où étaient entraînés les seigneurs qui avaient à soutenir des noms illustres et des emplois proportionnés à leur naissance (2). Sans cette masse de biens intangibles, la Noblesse n'aurait pu conserver la splendeur du nom et la Royauté aurait perdu le prestige qu'elle en recevait.

La Révolution, en renversant la Monarchie, devait également prononcer l'abolition d'une institution, si étroitement liée au régime disparu : « Sous un régime vraiment républicain, disait M. Laplaigne, à la Convention nationale (3), et dans un pays qui abhorre toute espèce d'aristocratie et de despotisme, dans une organisation sociale, en un mot, absolument fondée sur

(1) Chabrol. *Op. cit.*, 117.

(2) Brissaud. *Histoire du droit français*, II, p. 1623.

(3) Archives parlementaires, loi du 14 novembre 1792 ; t. 52, p. 573.

l'égalité, l'usage de pareilles dispositions serait encore une monstruosité politique, par là même qu'il perpétuerait, avec l'inégalité des partages dans les familles, l'aristocratie des privilégiés et cumulerait pendant plusieurs générations sur les têtes privilégiées des fortunes capables d'alarmer la liberté publique. »

Que certains motifs d'ordre économique, entrave à la circulation des richesses, obstacle au crédit, aient inspiré les législateurs de 1792, cela est incontestable : il n'est pas moins certain que leur but principal — et les rédacteurs du Code civil les ont suivis sur ce terrain — fut d'empêcher la conservation des biens dans les familles par l'établissement d'un ordre successif venant prendre la place de la loi (1).

Le legs conditionnel ne rentre pas dans le domaine des dispositions qu'on a voulu proscrire. Le testateur, nous l'avons dit, en affectant sa libéralité d'une condition, obéit à un motif tout différent de celui qui inspire le substituant : sans chercher à troubler l'ordre légal des successions, il veut arriver à une répartition plus équitable de ses biens entre des individus qu'il a connus et qui l'ont touché dans la vie :

(1) Locré. *Op. cit.*, séance du 7 pluviôse an XI, observ. du Premier Consul, p. 99.

Séance du 14 pluviôse an XI, p. 127.

grâce au mécanisme de la condition et de l'effet rétroactif, il peut avoir la certitude, en mourant, que son patrimoine sera dévolu au plus méritant ou au plus nécessiteux de ses légataires, celui, par exemple, auquel des charges de familles ou le nombre des enfants auront imposé un surcroît de besoins : peut-on adresser à cette disposition, dictée par le sentiment le plus louable et le plus instinctif du cœur humain, le reproche que les pétitions envoyées à l'Assemblée nationale n'ont cesse de répéter à propos des substitutions « contraires, disent-elles, à l'ordre social et sacrifiant la nature au caprice et à l'orgueil (1) » ?

Englober dans la même nullité les substitutions et les legs conditionnels serait, au contraire, priver le testateur du bénéfice de la manifestation la plus légitime qu'il ait faite de son droit de propriété, sans qu'il ait tenté d'absorber à son profit la liberté des personnes qui vivront après lui : la réalisation d'une telle œuvre ne pouvait être entreprise par ceux-là mêmes qui avaient exalté les droits de l'homme et du citoyen.

Si l'esprit des rédacteurs des lois révolutionnaires et du Code civil paraît s'opposer à toute confusion entre le legs conditionnel et la substi-

(1) Aron. *Nouvelle Revue hist., 1901.* Étude sur les lois sociales de la Révolution, p. 468.

tution, il faut reconnaître que *le texte même de l'article 896, éclairé à la lumière des travaux préparatoires*, vient confirmer notre opinion.

M. Edouard Lambert (1) a très justement fait observer que le législateur de 1804 a dépassé le but qu'il se proposait d'atteindre : ce qu'il voulait, c'était mettre fin aux substitutions graduelles, *en supprimant la possibilité d'appeler à succéder ceux qui n'étaient pas encore conçus.*

L'article 896 frappe, dans sa généralité, toutes les substitutions, sans exception : il ne devait cependant atteindre que celles qui, adressées à des personnes futures, ont le double inconvénient de prolonger leurs effets sur plusieurs générations et d'entraîner une incertitude sur l'existence de la personne même du propriétaire.

« Les dispositions en faveur d'individus non conçus, disait Treilhard devant le Corps législatif (2), laissent les propriétés incertaines, puisqu'on ignore si le propriétaire qui leur est donné existera, et, dans l'intervalle, les biens sont frappés de stérilité ».

Et, ailleurs, à Bigot-Préameneu qui remarque que l'on autorise une partie des effets des substitutions en permettant au testateur de donner à l'un la propriété, à l'autre l'usufruit de ses biens ;

(1) Ed. Lambert. *Op. cit.*, n° 381.

(2) Locré. *Op. cit.*, séance du 7 pluviôse an XI, p. 94.

que l'on pourrait aussi bien autoriser un oncle à laisser à son neveu l'usufruit et à ses petits-neveux qui naîtraient dans les cinq ans de l'ouverture de la succession, la nue propriété, il répond (1) : « sans doute, il est permis à chacun de diviser la propriété de l'usufruit, pour donner l'un à son neveu, l'autre à ses petits-neveux; mais c'est en supposant que ceux-ci soient du moins conçus. S'ils n'existent pas encore, ce sont des êtres chimériques qui ne peuvent devenir l'objet des libéralités du testateur. »

Le Premier Consul pensait lui-même « que la plus grande difficulté de la matière des substitutions était l'appel des enfants non conçus (2) ».

Une telle disposition correspondait bien, du reste, au but voulu par le substituant et que la nouvelle législation ne permettait plus d'atteindre : la conservation indéfinie des biens dans la famille.

M. Labbé, (3) résumant les opinions des rédacteurs du code, affirme très exactement que « le trait essentiel des substitutions est de transmettre de seconde main à des personnes qui peuvent ne pas avoir été conçues avant la mort du testateur. »

(1) Locré. *Op. cit.*, p. 101.
(2) *Id.*, p. 100.
(3) Labbé. Note S., 74, I, 5.

La jurisprudence, en établissant après de longues hésitations, une différence de nature entre le legs conditionnel et la substitution, a donc, en réalité, fait une juridique application de l'article 896 et réduit la portée de ce texte, trop général et trop absolu dans ses termes.

Cette distinction admise ne résout pas tout le problème : une question reste entière : comment caractériser, dans chaque espèce particulière, la nature de la disposition? A quels signes reconnaître l'unité ou la dualité de transmission qui doit décider du sort de la libéralité?

Les arrêts, nous l'avons constaté, ne peuvent nous fournir aucun criterium : la jurisprudence résout les difficultés *en fait*, mais se trouve impuissante à faire prévaloir des règles d'interprétation obligatoires pour les tribunaux. Dans chaque clause soumise à son appréciation, le juge recherche, avant tout, quelle a été l'intention des parties : il est naturel, dans ces conditions, que, pour une même formule, une même libéralité conditionnelle, les décisions judiciaires présentent entre elles des divergences profondes : nous les avons signalées, en même temps que nous déplorions ces fluctuations, source de procès et de dissensions au sein des familles.

Il semble pourtant résulter de ce que nous connaissons des origines de l'article 896 qu'une

règle bien précise puisse servir de criterium à la jurisprudence.

Elle se formulerait ainsi : *le fait pour les appelés d'être conçus* au moment du décès du testateur, ne doit-il pas, dans tous les cas, les soustraire aux rigueurs de la loi, réservées à ceux-là seuls, les non conçus, que le législateur de 1804 voulait priver du bénéfice de l'institution ?

Ces deux propositions sont trop absolues pour être exactes : la vérité se trouve dans un juste milieu.

Il est certain, tout d'abord, que, dans tous les cas où *la charge de rendre sera imposée au profit de personnes futures*, il y aura substitution : l'article 899 se trouvera alors dans son véritable domaine d'application que l'étude des travaux préparatoires nous a permis de délimiter.

Mais, nous dira-t-on, l'article 906 suffirait seul, dans cette hypothèse, à entraîner la nullité de l'ensemble de la libéralité : le second légataire qui, lui aussi, doit vraisemblablement en bénéficier, n'est, en effet, pas encore conçu au moment du décès du testateur ; il ne présente donc pas les qualités de capacité requises pour pouvoir recueillir ce legs qui tombe, faute de l'existence de la condition impérativement exigée par l'article 906. Et la conclusion de ce raisonnement s'impose : l'article 896 apparaît à l'évidence comme inutile dans

le seul cas où l'on prétend en faire application.

Un tel argument, s'il était reconnu exact, aboutirait à une confusion complète de la véritable portée des articles 896 et 906.

Outre que l'article 896 édicte une sanction autrement plus énergique que l'article 906, laquelle ne frapperait que la charge imposée au profit de la personne future et non toute la disposition qui resterait pleinement efficace vis à vis du légataire capable de la recueillir, il faut encore reconnaître que l'article 906 ne pourra recevoir ici son application.

Malgré la généralité de ses termes, cet article, et la jurisprudence est aujourd'hui d'accord sur ce point, n'entraîne pas la nullité des libéralités adressées à des individus non encore conçus au moment du décès du testateur, lorsque ces individus n'en sont pas *les attributaires directs*, mais ceux qui en *recueillent indirectement le bénéfice par l'intermédiaire d'autrui.*

C'est en vertu de ce principe que de généreux bienfaiteurs peuvent adresser à des villes ou à des établissements publics des libéralités parfois importantes, faire ce qu'on appelle des fondations, à charge de distribuer annuellement des prix ou des secours dont profitent souvent des générations conçues longtemps après le décès du testateur. On considère que le légataire grevé

de la charge est, juridiquement, le bénéficiaire de la libéralité, bien qu'en réalité, il n'en recueille qu'un profit partiel ; quant au légataire éventuel, lorsque son incapacité disparaît, lorsque, par exemple, il vient à existence, rien ne l'empêche plus de réclamer valablement l'exécution de la disposition faite en sa faveur : il se trouve désormais hors de l'atteinte de l'article 906.

Appliquant ces principes à la substitution, nous dirons que, puisque la substitution n'est qu'une charge imposée au grevé en faveur de l'appelé, le fait pour ce dernier de ne pas être conçu au moment du décès du testateur, ne peut pas entraîner la nullité de la libéralité, en vertu de l'article 906 : ce texte ne s'appliquerait que si le legs avait été fait directement à l'appelé. L'article 896 conserve donc ici toute son utilité (1).

Est-il vrai, d'autre part, de prétendre que, lorsque le testateur a fait uniquement ce qui était son droit, *la distribution de sa fortune entre ceux de ses contemporains qui lui survivent*, nous serons toujours en présence d'un legs conditionnel?

Une telle affirmation constituerait le meilleur

(1) A. Tissier. Legs conditionnels alternatifs et substitutions prohibées. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903 ; note sous Cass., 20 juin 1904 ; S., 1906, I, 81.

Planiol *Op. cit.*, n° 2916.

Cass., 21 juillet 1870; S., 1870, I, 367, avec le rapport de M. le Conseiller Dagallier.

encouragement à la fraude, puisque, sous une forme conditionnelle aisément réalisable, le testateur pourrait dissimuler une véritable substitution prohibée, tout en ayant la certitude de savoir sa volonté respectée.

C'est pour permettre au juge du fait de découvrir cette véritable intention qui, elle, décidera du sort de la libéralité, que la Cour de cassation affirme à maintes reprises son pouvoir souverain d'appréciation (1) : le juge doit rechercher, d'après tous les éléments de la cause, et ce, quels que soient les termes employés, la nature réelle de la disposition (2).

(1) Cass., 27 avril 1874 ; D. 1875, I, 13 ; S., 1874, I, 315 ; Cass., 15 mai 1877, S., 1877, I, 264 ; Cass., 18 janvier 1893 ; D., 1893, I, 213, Cass., 27 juin 1894, D., 1895, I, 204.

(2) Le droit que la Cour de cassation reconnaît au juge du fait semblerait prouver que la question de savoir si la disposition attaquée présente ou ne présente pas les caractères d'une substitution prohibée n'est qu'une simple question de fait et d'interprétation de volonté et que, en conséquence, les jugements et arrêts rendus en cette matière échappent à son contrôle.

Ce serait une erreur de le croire.

Le législateur a, lui-même, dans l'article 896, déterminé les caractères constitutifs de la subsitution : il rentre donc dans le droit et le devoir de la Cour de cassation d'apprécier les clauses de la disposition attaquée, dans leur rapport avec les termes de la loi, afin de reconnaître si la décision judiciaire, qui lui est déférée, n'a pas violé ou faussement appliqué l'article 896, soit en annulant, comme substitution, une disposition qui n'en avait pas les caractères, soit en maintenant une disposition qui réunissait tous les caractères de la substitution.

La Cour de cassation se réverve donc, en cette matière, un droit de contrôle sur les appréciations que les juges ont faites des clauses mêmes de l'acte et sur les conséquences juridiques qu'ils en ont tirées,

Il se demandera, par exemple, si les légataires appelés sous condition suspensive étaient, non seulement *conçus à l'époque du décès du testateur*, mais *au moment de la confection du testament*, ou si, étant donnés son âge et les probabilités qu'il pouvait avoir de vivre encore un certain nombre d'années, il était en droit de penser normalement qu'ils seraient à sa mort au moins conçus; — s'il ne pouvait même pas raisonnablement faire une telle supposition, n'y a t-il pas tout lieu de croire que son but a été d'établir une double transmission successive de ses biens, d'entraver la liberté de disposition de son héritier, de substituer son autorité à la sienne, beaucoup plus que d'arriver à leur équitable répartition entre des bénéficiaires qui lui sont totalement inconnus ?

Son pouvoir disparait, dès qu'il s'agit d'interpréter l'intention du testateur : « Le juge du fait, déclare la Cour, dans un arrêt du 22 décembre 1881 (D., 82. I, 246) a qualité pour dire quelle a été l'intention du testateur, en écrivant la clause litigieuse, et il est souverain dans cette interprétation, à moins qu'il ne heurte de front et ne dénature les textes du testament. »

Cette délimitation des pouvoirs respectifs de la Cour de cassation et des Cours d'appel, a été affirmée dans de nombreux arrêts : nous citerons, entre autres :

Civ., Cass., 3 mai 1869 ; D., 69, I, 254. Cass., Req., 27 août 1874 ; D., 75, I, 15. Cass., Req., 8 juin 1875 ; D., 76, I, 76. Cass., 28 déc. 1881 ; D., 82, I, 246. Cass., 10 fév. 1891 ; D., 92, I, 294. Cass., 2 fév. 1892 ; D., 92, I, 506. Cass., 18 déc. 1900 ; D., 1901, I, 121. Cass., 6 mars 1905 ; D., 1905, I, 460.

Voir aussi Demolombe. *Op. cit.*, nº 171 ; Aubry et Rau. *Op. cit.*, § 694, 322.

L'interprète s'inspirera encore de ce fait que la condition est, par exemple, d'une *réalisation presque absolument certaine*, comme serait celle de la mort du légataire avant sa centième année ; trouvera-t-il dans une telle libéralité le caractère d'incertitude que nous avons reconnu au legs conditionnel ?

Aucune de ces circonstances n'est déterminante par elle-même ; chacune ne vaut que comme indication, comme guide dans cette délicate mission qu'est la recherche de l'intention.

Grâce à elles, le juge pourra découvrir une substitution dissimulée sous une apparence conditionnelle.

En l'absence d'un criterium général de distinction, c'est une *méthode d'interprétation* qui permettra d'obtenir la solution la plus conforme au droit et à la volonté probable du disposant.

La jurisprudence ne sortira de ce malaise, de cette indécision si préjudiciable à l'intérêt des familles que lorsqu'elle ne se laissera plus fasciner (et les principes posés à cet égard par les derniers arrêts indiquent bien que telle est la voie dans laquelle elle est entrée) par le sens littéral des textes ou par les formules plus ou moins habiles des testateurs ; qu'elle connaîtra la véritable portée des prohibitions de la loi d'après les préoccupations des juristes qui en ont préparé le vote.

Malgré toutes ces recherches, il pourra subsister parfois un doute sur la réelle intention du disposant : a-t-il voulu faire une substitution ou un legs conditionnel ?

L'article 1157 apportera, pour résoudre la difficulté, le secours de sa règle bienfaisante : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir effet que dans le sens où elle pourrait n'en produire aucun. »

N'est-il pas logique de supposer que le testateur n'a pas, en toute connaisance de cause, voulu se heurter à une défense légale ?

N'est-ce pas se conformer à la plus sage interprétation que de s'inspirer, en pareil cas, des principes qu'énonçait le savant jurisconsulte, M. Labbé (1) : « Les juges, disait-il, doivent toujours dégager d'une disposition ce qu'elle renferme de licite et donner satisfaction aux intentions libérales du testateur dans la mesure que permet la loi. »

Ainsi se trouveront conciliées et respectées la prohibition de l'article 896 et la liberté de tester, fondement de notre droit successoral.

A ceux que pourrait effrayer le danger d'une telle liberté, nous répondrons avec la Cour de Nancy (2),

(1) Note. S., 74, I, 5.
(2) Nancy, 1er mai 1875 ; S., 76, I, 19.

que, « plus on s'éloigne de l'époque où l'abus des substitutions les avait fait énergiquement proscrire, et plus, en une matière aussi délicate, la sagesse conseille aux magistrats de se montrer moins formalistes et moins rigoureux, pour en revenir, toutes les fois qu'ils le peuvent, à l'antique et sage maxime du droit romain : « Dicat testator et erit lex. «

Vu : Vu :

Le Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Dijon,
E. Bailly.

E. Gaudemet.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie,
E. Boirac.

ERRATA

Page 6, ligne 6, *au lieu de :* corps législatif, *lire* : Corps législatif.

Page 8, note 2, *au lieu de* : Aubry et Rau. *Droit civil, lire :* Aubry et Rau. *Cours de droit civil.*

Page 8, note 2, *au lieu de :* Planiol. *Cours de droit civil, lire* : Planiol. *Traité de droit civil.*

Page 13, ligne 7, *au lieu de* : sustitution, *lire* : substitution.

— 17, — 13, — Il est dont loisible, *lire* : Il est donc loisible.

Page 19, ligne 18, *au lieu de* : sustitution, *lire* : substitution.

— 28, — 21, — elle est donc résoluloire, *lire* : elle est donc résolutoire.

Page 29, ligne 3, *au lieu de* : la libéralité est sensée, *lire* : la libéralité est censée.

Page 30, ligne 26, *au lieu de* : sous la sous condition, *lire :* sous la condition.

Page 31, note , *au lieu de* : 20 octobre, *lire* : 20 décembre.

— 32, ligne 4, — ceux de la ilo, *lire* : ceux de la loi.

— 51, — 7, — doivent être validés, *lire* : doivent être validées.

Page 66, ligne 21, *au lieu de* : accomplissemeut, *lire* : accomplissement

Page 71, ligne 15, *au lieu de* : personne qualifiée, *lire* : personne gratifiée.

Page 117, ligne 24, *au lieu de* : obliger des donateurs, *lire* : obliger les donateurs.

Page 128, ligne 11, *au lieu de :* qui devront transmettre, *lire* : qui devront se transmettre.

Page 139, ligne 15, *au lieu de* : l'art. 899, *lire* : l'art. 896.

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

INTRODUCTION 1

La substitution fidéicommissaire 8

Ses caractères constitutifs . . . . . .

a) *Double libéralité* 9

b) *Charge de conserver et de rendre* 10

La restitution doit nécessairement s'opérer au décès du grevé 12

c) *Ordre successif* 13

Le double legs conditionnel 16

Validité du legs affecté d'une condition suspensive. »

Validité du legs affecté d'une condition résolutoire. »

Intérêt pratique de la distinction du legs conditionnel et de la substitution 19

PREMIÈRE PARTIE

ÉTUDE DE LA JURISPRUDENCE

Avant 1873 24

Legs conditionnel de pleine propriété . . . . . »

Legs affecté d'une condition résolutoire . . . .

La condition doit se réaliser au décès du premier légataire gratifié . . . . . »

La condition doit se réaliser du vivant du légataire 27

Effet rétroactif de cette condition 29
Legs affecté d'une double condition suspensive . »
Legs affecté d'une condition résolutoire avec retour aux héritiers naturels 32
Legs affecté d'une condition résolutoire validé comme substitution compendieuse 40
Legs affecté d'une condition résolutoire, avec droit accordé au légataire d'aliéner les biens légués en cas de nécessité 43
Résumé de l'état de la jurisprudence avant 1873 . . 48
Legs affecté d'une condition résolutoire . . . . »
Legs affecté d'une double condition suspensive . . 49

Legs pur et simple de nue propriété et d'usufruit . 52

L'article 899 l'autorise . . . . . »
Sa distinction de la substitution fidéicommissaire 53
— — du legs conditionnel 54

Legs conditionnel de nue propriété et d'usufruit . »

Différentes combinaisons possibles des articles 899 et 1040 55
Identité des résultats obtenus par cette combinaison et le legs affecté de conditions résolutoire et suspensive 57
Validité du legs d'usufruit joint à un legs de nue propriété en faveur de l'usufruitier appelé sous condition suspensive 59
Validité du legs d'usufruit joint à un legs de nue propriété sous double condition suspensive . . 62
Validité du legs d'usufruit joint à un legs de nue propriété sous condition résolutoire 68
Situation du bénéficiaire de ce legs . . . . . »
Application à cette hypothèse du principe de l'effet rétroactif de la condition (arrêt Lézé) . . 74
Les conséquences de ce principe 78

Son influence sur la théorie de la Cour de cassation, en matière de legs conditionnel de pleine propriété 79
Première tentative de revirement, en 1870 ; procédé employé 81

Après 1873 84

Pourquoi la Cour de cassation dût revenir sur ses décisions antérieures . . . . . »
Validité du legs affecté d'une condition résolutoire de nature à ne se réaliser qu'au décès du légataire . 85
Ce qui reste de l'article 896. Dans quel cas la jurisprudence en fait application 88
Recherche de l'intention du disposant 90
Critiques adressées à cette jurisprudence libérale . . 95
Influence de ces critiques sur la jurisprudence postérieure 96

Dernier état de la jurisprudence :
Principe de la liberté d'appréciation des juges et validité de tous les legs conditionnels. . . . 100
Applications de ce principe . . . . . »

DEUXIÈME PARTIE

APPRÉCIATION CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE.

Résultat obtenu par la jurisprudence 105
Critique du principe de la distinction du legs conditionnel et de la substitution 106
Théorie de M. Léon Michel . . . . . »
Théorie de M. Édouard Lambert 107
Critique de l'application du principe de l'effet rétroactif au legs conditionnel. . . . . .
Théorie de M. Édouard Lambert 109
Théorie de M. Demolombe. 110

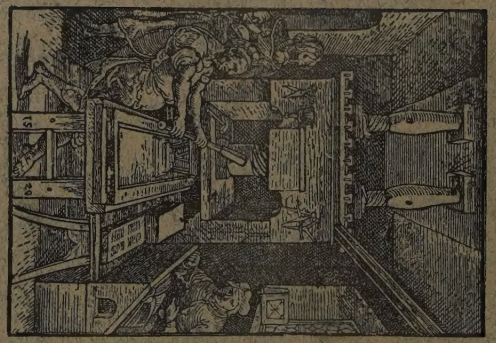
Théorie de M. Léon Michel 110
Critique de la jurisprudence sur les libéralités en usufruit et en nue propriété.
Théorie de M. Demolombe 114

Réponses aux critiques 115
Pourquoi l'Ancien Droit ne distinguait pas le legs conditionnel de la substitution. 116
Opinion des commentateurs de coutumes prohibitives des substitutions 118
Justification en droit de la distinction. 121
La survie n'est pas assimilable à une condition résolutoire 122
Le droit de l'appelé ne rétroagit pas 123
La condition résolutoire, dans les legs, rétroagit. 124
Cette théorie est conforme à l'intention du disposant 127
Validité des dispositions conditionnelles en usufruit et en nue propriété 129
Les lois révolutionnaires, qui ont aboli les substitutions, ont respecté les legs conditionnels. . . 132
Justification de la théorie jurisprudentielle par les travaux préparatoires du Code civil. 135

La jurisprudence n'établit pas de criterium pour distinguer les deux dispositions. 138
La charge de rendre, imposée au profit de personnes futures, révèle toujours l'existence d'une substitution 139
Insuffisance, dans cette hypothèse, de la sanction de l'article 906. . . . . »
La charge de rendre, imposée au profit de personnes conçues au décès du testateur, ne révèle pas nécessairement un legs conditionnel. 141
Éléments d'appréciation dont doit tenir compte le juge 143
Méthode d'interprétation. 144

DIJON, IMP. DARANTIERE.

IESPERE



EN MON TRAVAIL